



**İBN MELEK'İN "ŞERHU MECMAİ'L-BAHREYN"
ADLI ESERİNİN TAHKİK VE DEĞERLENDİRİLMESİ**

İlyas KAPLAN

(Doktora Tezi)

Eskişehir, 2019

**İBN MELEK'İN “ŞERHU MECMAİ'L-BAHREYN”
ADLI ESERİNİN TAHKİKİ VE DEĞERLENDİRİLMESİ**

İlyas KAPLAN

**T.C
Eskişehir Osmangazi Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü**

**Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalı
DOKTORA TEZİ**

ESKİŞEHİR

2019

T.C.

ESKİŞEHİR OSMANGAZİ ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

İlyas KAPLAN tarafından hazırlanan “İbn Melek’in Şerhu Mecmai’l-Bahreyn Adlı Eserinin Tahkiki ve Değerlendirilmesi” başlıklı bu tez,/...../2019 tarihinde Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinin ilgili maddesi uyarınca yapılan savunma sınavı sonucunda bulunarak jürimiz tarafından Temel İslam Bilimleri Dalında Doktora Tezi olarak kabul edilmiştir.

Görevi Unvanı

Adı SOYADI

İmza

Jüri Başkanı: Prof. Dr. Saffet KÖSE

.....

Danışman: Dr. Öğr. Üyesi Abdullah ACAR

.....

Üye: Prof. Dr. Mustafa YILDIRIM

.....

Üye: Doç. Dr. Kamil SARITAŞ

.....

Üye: Dr. Öğr. Üyesi Yunus ARAZ

.....

.....//

ETİK İLKE VE KURALLARA UYGUNLUK BEYANNAMESİ

Bu tezin Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Yönergesi hükümlerine göre hazırlandığını; bana ait, özgün bir çalışma olduğunu; çalışmanın hazırlık, veri toplama, analiz ve bilgilerin sunumu aşamalarında bilimsel etik ilke ve kurallarına uygun davrandığımı; bu çalışma kapsamında elde edilen tüm veri ve bilgiler kaynak gösterdiğimi ve bu kaynaklara kaynakçada yer verdiğimi; bu çalışmanın Eskişehir Osmangazi Üniversitesi tarafından kullanılan bilimsel intihal tespit programıyla taranmasını kabul ettiğimi ve hiçbir şekilde intihal içermediğini beyan ederim. Yaptığım bu beyana aykırı bir durumun saptanması halinde ortaya çıkacak tüm ahlaki ve hukuki sonuçlara razı olduğumu bildiririm.

İlyas KAPLAN

ÖZET

İBN MELEK'İN ŞERHU MECMAİ'L-BAHREYN ADLI ESERİNİN TAHKİKİ VE DEĞERLENDİRİLMESİ

KAPLAN, İlyas

Doktora Tezi - 2019

Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalı

Danışman: Dr. Öğr. Üyesi Abdullah ACAR

Hanefî mezhebi'nde Ebu Cafer et-Tahâvî'nin (ö. 321/933) Muhtasar'ı ile muhtasarlar silsilesi ortaya çıkmıştır. Bunlardan birisi de *Mecmau'l-bahreyn ve mülteka'n-neyyireyn*'dir. Zamanla bu eserler üzerine şerhler yazılmıştır. Bu şerhlerden en önemlilerinden birisi de İbn Melek'in *Mecmau'l-bahreyn ve mülteka'n-neyyireyn* üzerine yaptığı şerhtir.

Bu çalışmada, İbn Melek tarafından yazılan *Şerhu Mecmai'l-bahreyn*'in edisyon kritik/tahkik ve değerlendirmesi yapılmıştır. Eserin Türkiye'deki yazma nüshalarının sayısına bakıldığında, bu şerhe yazıldığı dönemden itibaren büyük önem verildiği ve rağbet edildiği anlaşılmaktadır. İbn Melek'in fıkıh ve fıkıh usulü alanındaki yetkinliği ve şerhin de müdellel olması açısından son derece kıymetli bir eserdir.

Çalışmamız, dirâse ve tahkik kısımlarından oluşmaktadır. Daha çok fıkıh tarihi niteliğinde olan dirâse kısmı bir giriş ve üç bölümden oluşmaktadır. Dirâse kısmından sonra tahkik kısmını oluşturan metin izlemektedir.

Anahtar kelimeler: Hanefî, Fıkıh, Metin, Şerh, İbnü's-Sââtî, İbn Melek

ABSTRACT

CRITICAL EDITION AND EVALUATION OF IBN MALAK'S WORK SHARH MAJMA AL-BAHRAIN

KAPLAN, İlyas

PhD Dissertation – 2019

Department of Basic Islamic Sciences

Advisor: Assist. Prof. Dr. Abdullah ACAR

A long chain of concise works in the field of Islamic law emerged in the Hanafi school of law beginning with al-Mukhtasar of Abu Jafar et-Tahâvî (d. 321/933). One of these works is Majma al-Bahrain wa Multaqa al-Nayyirayn. By time, commentaries were written on these works. One of the most important of these commentaries is Ibn Malak's commentary on Majma al-Bahrain.

In this study, the critical edition and evaluation of Sharh Majma al-Bahrain of Ibn Melek was done. When we take the number of manuscripts in Turkey into consideration, the demand for this work and its importance from the period in which this commentary was written is understood. This work is very valuable due to two reasons: Ibn Melek's competence in the fields of fiqh and usul al-fiqh and its value as a work that gives detailed analysis for reasons of the rulings mentioned in the work.

Our study consists of two main parts, namely evaluation and critical edition. The evaluation part, mainly related to law history, is composed of an entrance and three sections. The full Arabic text of Sharh Majma al-Bahrain based on critical edition follows the evaluation part.

Keywords: Hanafi, Fiqh, Text, Commentary, Ibn al-Sââtî, Ibn Malak

İÇİNDEKİLER

ÖZET.....	V
ABSTRACT	VI
KISALTMALAR	X
ÖNSÖZ	XI
GİRİŞ	1
I. ARAŞTIRMANIN KONUSU VE ÖNEMİ.....	1
II. ARAŞTIRMANIN YÖNTEMİ.....	1
III. ARAŞTIRMANIN KAYNAKLARI.....	2
A. Klasik Eserler	2
B. Modern Çalışmalar	5

1. BÖLÜM

MUSANNİF İBNÜ'S-SÂÂTÎ VE ŞÂRİH İBN MELEK'İN HAYATLARI

1.1. İBNÜ'S-SÂÂTÎ.....	7
1.1.1. Yaşadığı Dönemin Siyasi ve İlmi Durumu	7
1.1.2. İsmi, Doğumu ve Nesebi.....	9
1.1.3. Hocaları	10
1.1.4. Öğrencileri.....	11
1.1.5. Eserleri	11
1.1.6. Vefatı.....	13
1.2. İBN MELEK.....	14
1.2.1. Yaşadığı Dönemin Siyasi ve İlmi Durumu	14
1.2.2. İsmi, Doğumu ve Nesebi.....	17
1.2.3. Hocaları	18
1.2.4. Öğrencileri.....	19
1.2.5. Eserleri	19
1.2.6. Vefatı.....	21

2. BÖLÜM

MECMAU'L-BAHREYN VE İBN MELEK ŞERHİ

2.1. MECMAU'L-BAHREYN.....	23
2.1.1. Muhtevası	23
2.1.2. Önemi	26
2.1.3. Konuların İşleniş Tarzı ve Sistematiği	27
2.1.4. Üzerine Yapılan Çalışmalar	34
2.1.5. Kaynakları	35
2.1.6. Fıkıh Literatüründeki Yeri	36
2.2. ŞERHU MECMAİ'L-BAHREYN	37
2.2.1. Muhtevası ve Yazılış Nedeni	37
2.2.2. Önemi	38
2.2.3. Konuların İşleniş Tarzı ve Sistematiği	38
2.2.4. Şerhte Takip Edilen Yöntem	40
1. Fıkıh	41
2. Usul	42
3. Dil.....	44
4. Konu Başlıklarını Detaylandırması	44
5. Metinde Düzeltme Önerdiği Yerler.....	49
2.2.5. Şerhin Kaynakları.....	61
2.2.6. İbn Melek ile İbnü's-Sââtî Şerhlerinin Mukayesesi	78
2.2.7. İbn Melek Şerhi Üzerine Yapılan Çalışmalar	79
2.2.8. Fıkıh Literatüründeki Yeri	81

3. BÖLÜM

ESERİN EDİSYON KRİTİĞİ

3.1. KİTABIN YAZMA NÜSHALARI.....	83
3.1.1. Eserin Nüshalarına Dair Genel Bilgiler	109
3.1.2. Tahkikte Esas Alınan Nüshalar	111
3.1.3. Esas Alınan Nüshalardan Örnekler	113
3.2. TAHKİKTE TAKİP EDİLEN YÖNTEM	115

SONUÇ	117
KAYNAKÇA	119



KISALTMALAR

Bk./bk.	: Bakınız
Çev.	: Çeviren
Ed./ed.	: Editör
Haz./haz.	: Hazırlayan
Ktp.	: Kütüphanesi
Nr.	: Numara
Nşr./nşr.	: Neşreden
ö.	: Ölümü, vefat tarihi
Ts.	: Tarihsiz
v.dğr.	: Ve diğerleri
vb.	: Ve benzeri
vr.	: Varak
y.y.	: Yayın yeri yok

ÖNSÖZ

Hanefî mezhebi, fıkıh mezhepleri içerisinde ihtiva ettiği fikhî görüşler bakımından en zengin fıkıh mezhebidir. Bunun en önemli sebebi, mezhebi oluşturan görüşlerin sadece Ebû Hanife'nin görüşlerinden ibaret olmaması, onun görüşlerine ilaveten Ebû Yusuf (ö.182/798), Muhammed b. Hasan eş-Şeybânî (ö.189/805) ve Züfer b. Hüzeyl (ö.158/775) gibi her biri müstakil müctehid olarak değerlendirilebilecek fakihlerin görüşlerini de ihtiva ediyor olmasıdır.

Ebû Hanife'nin önde gelen iki önemli talebesi İmam Ebû Yusuf ve İmam Muhammed, Ebû Hanife'nin görüşlerini bize aktaran eserler kaleme almışlardır. Daha sonraları Ebu Cafer et-Tahâvî'nin (ö. 321/933) el-Muhtasar'ı ile başlayan muhtasarlara silsilesi ortaya çıkmıştır. Zamanla bu eserleri açıklayan şerhler yazılmıştır. Bu şerhlerin daha iyi anlaşılması için haşiye ve talikler yazılmaya başlanmıştır.

Bu çalışmada, Hanefî mezhebindeki önemli muhtasarlardan biri olan, İbnü's-Sââtî'ye (ö. 694/1221) ait *Mecmau'l-bahreyn ve mülteka'n-neyyireyn* üzerine İbn Melek tarafından yazılan *Şerhu Mecmai'l-bahreyn*'in edisyon kritik (tahkik) ve değerlendirmesi yapılmıştır. Eserin Türkiye'deki yazma nüshalarının sayısına bakıldığında, bu şerhe, yazıldığı dönemden itibaren büyük önem verildiği anlaşılmaktadır. Şârihin fıkıh ve fıkıh usulü alanındaki yetkinliği ve şerhin de müdellel olması sebebiyle bu şerh Hanefî fikhî açısından son derece kıymetli bir eserdir.

Çalışmamız, tahkik çalışmalarında mutad olduğu üzere araştırma (dirâse) ve tahkik kısımlarından oluşmaktadır. Daha çok fıkıh tarihi niteliğinde olan araştırma kısmı bir giriş ve üç bölümden oluşmaktadır. Bu bölümleri, tahkik kısmını oluşturan metin izlemektedir. Araştırmanın konusu, önemi ve kaynaklarının ele alındığı giriş bölümünün ardından, birinci bölümde İbnü's-Sââtî ve İbn Melek'in biyografileri üzerinde durulmakta bilgi verilmektedir, ikinci bölümde *Mecmau'l-bahreyn* metni ve İbn Melek Şerhi hakkında bilgi verilmiştir. Üçüncü bölümde ise ulaşılabildiğimiz nüshalar kısaca tanıtılmış tahkikte takip edilen yöntemle işaret edilmiştir. Son bölümde kitabın tahkikli metnine yer verilmiştir.

Bu çalışmanın ortaya çıkmasına katkıda bulunan danışmanım Dr. Öğr. Üyesi Abdullah ACAR'a, Tez izleme üyeleri Doç Dr. Kamil SARITAŞ ile Dr. Öğr. Üyesi Yunus ARAZ'a şükranlarımı sunarım. Ayrıca tez savunmasında değerlendirme ve

katkılarından istifade ettiğim kıymetli jüri üyelerine ve tezin yazım sürecinde bana destek veren bütün hocalarıma ve arkadaşlarıma bu vesile ile teşekkür ederim.

İlyas KAPLAN

Eskişehir-2019



GİRİŞ

I. Araştırmanın Konusu ve Önemi

Osmanlı Devleti'nin kuruluş döneminde yetişmiş İslam hukukçularından biri olan İbn Melek'in halen yazma halinde bulunan *Şerhu Mecmai'l-bahreyn* adlı eserinin tahkik edilerek gün yüzüne çıkarılması ve İbn Melek'in fıkıh düşüncesinin ortaya konulması, araştırmanın temel konusunu teşkil etmektedir.

Osmanlı Devleti'nin hüküm sürdüğü topraklarda yaşamış önemli bir fakih olan İbn Melek'in eserleri, Osmanlı medreselerinde asırlar boyunca ders kitabı olarak okutulmuş ve yazdığı şerhler üzerine haşiyeler kaleme alınmıştır. Osmanlı ilim hayatında bu denli etkili olmuş bir fakihin, mezhepte dört muteber metinden birisi kabul edilen *Mecmau'l-bahreyn* üzerine yazdığı şerhin günümüze kadar yazma eser halinde kütüphane raflarında kalmış olması ilim dünyası nezdinde büyük bir kayıptır. Üstelik *Mecmau'l-bahreyn* bizzat müellifi tarafından da şerh edildiği halde, müellifin şerhi İbn Melek'in şerhi kadar rağbet görmemiştir.

Ayrıca Hanefi mezhebi, literatür açısından çok zengin olmasına rağmen, Hanefi eserlerinin tahkikli neşredilme oranı diğer mezheplere göre daha düşük kalmaktadır. Bu sebeple, Hanefi fıkıhıyla ilgili birçok eser ya unutulmuş ya da bu yazma eserler kütüphanelerde zamanla kaybolmuştur. Bu çalışmada Hanefi fıkıhındaki önemli bir eserin tahkikli neşri yapılarak araştırmacıların istifadesine sunulmuştur.

II. Araştırmanın Yöntemi

Edisyon kritik veya tahkik olarak ifade edilen işlemin temel amacı, metnin, müellifin/şârihin kaleminden çıkmış haline ulaşmaktır. Çalışmamızda eserin edisyon kritiği, "İSAM tahkikli neşir esasları"na göre yapılarak eserin müellif tarafından kaleme alındığı orijinal şekliyle ortaya konulması amaçlanmıştır.

Tahkik çalışmasının inceleme (dirâse) bölümünde, metnin müellifi ve şârihi tanıtılmıştır. Bu kapsamda, müellif ve şârihin isim, künye, lakap ve nesep bilgisi; doğum-ölüm yeri ve tarihi; ilmî hayatı, hocaları-talebeleri ve eserleri tanıtılmıştır. Eserin telif sebebi, eserle ilgili literatürün tespiti ve eserin bu literatür içindeki yeri,

önemi, eser hakkında yapılmış çalışmalar, eserin kaynakları, varsa tipik dil ve imlâ özellikleri ve yazarın kullandığı özel terimler üzerinde durulmuştur.

Aynı zamanda İbn Melek'in fikhî birikimini *Mecmau'l-bahreyn* şerhi çerçevesinde ortaya koymayı amaçladığımız için, şerh özenle okunmuş ve İbn Melek'in fikhî tercihleri ve bu tercihlerin gerekçelerini ihtiva eden ibareler tespit edilmiştir. İbn Melek'in fikhî görüşleri, kendisinden önceki yahut muasır diğer fakihlerin tercihleriyle mukayese edilmiştir. Bu bağlamda zikretmiş olduğu usûl-i fıkıh kuralları veya küllî kaideler belirlenmiştir. Eseri, *Mecmau'l-bahreyn* üzerine yapılan diğer şerh çalışmalarından farklı kılan hususlara dikkat çekilmiş ve şerhlerin karşılıklı olarak birbirlerinden etkilendiği noktalara işaret edilmiştir.

Çalışmada kendilerine atıfta bulunulan şahısların isimlerinin yazımı Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi'nin imla kılavuzundaki kurallara göre yapılmıştır. Tez metninde ismi geçen şahısların vefat tarihleri ilk geçtiği yerde hicri ve miladi olarak verilmiştir.

III. Araştırmanın Kaynakları

Tez çalışmamızın inceleme ve tahkik kısımlarında, başta terâcim kitapları ve hadis kitapları olmak üzere çeşitli kaynaklardan faydalanılmıştır. Bunları iki kategoride ele almak mümkündür.

A. Klasik Eserler

İnceleme kısmında ele aldığımız konulara dair bilgilere ulaşmak ve ayrıca tahkik edilen metindeki hadislerin tahrirci ve eserde geçen kitap ve âlim isimlerinin tespiti için aşağıdaki klasik eserlerden aydalanılmıştır.:

1. *el-Kütübü't-tis'a*; Tahkik kısmında geçen hadislerin tahririnde istifade edilmiştir.

2. *Mecmau'l-bahreyn ve mülteka'n-neyyireyn*; Fahrüddîn Rıdvân b. Muhammed Alî b. Rüstem el-Horasânî es-Sââtî (ö. 694/1221). Eser 2005 yılında tarafımızca hazırlanan tahkikiyle birlikte Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye yayınları arasında Beyrut'ta basılmıştır.

3. ***Şerhu Mecmai'l-bahreyn:*** Fahrüddîn Rıdvân b. Muhammed Alî b. Rüstem el-Horasânî es-Sââtî (ö. 694/1221). Metnin müellifinin kendi eseri üzerine yazdığı şerhidir. Eser Salih b. Abdullah b. Salih el-Haydân, Halid b. Abdullah b. Muhammed el-Haydân ve Abdullah b. Salih b. Muhammed el-Haydân isimli üç araştırmacı tarafından doktora tezi olarak tahkik edilmiş ve Riyad'da Dâru'l-Efhâm ve Dâru'l-Felah tarafından 2015 yılında 10 cilt halinde yayınlanmıştır.

4. ***Nihâyetü'l-vüsûl ilâ ilmi'l-usûl;*** Fahrüddîn Rıdvân b. Muhammed Alî b. Rüstem el-Horasânî es-Sââtî (ö. 694/1221). Eser Ezher üniversitesinde Mehmed Akkaya (I-II, 1402/1982) ve Mekke Ümmü'l-Kurâ Üniversitesi'nde Sa'd b. Garîr b. Mehdî es-Sülemî (I-II, 1405/1985) tarafından doktora tezi olarak ayrı ayrı tahkik edilmiştir. Sa'd b. Garîr b. Mehdî es-Sülemî'nin çalışması iki cild halinde Câmiatü Ümmü'l-Kurâ tarafından hicri 1418 yılında yayınlanmıştır.

5. ***Hâşiyetü Şerhi Mecmai'l-bahreyn:*** Ebü'l-Adl Zeynüddîn (Şerefüddîn) Kâsım b. Kutluboğa b. Abdillâh es-Sûdûnî el-Cemâlî el-Mısırî (ö. 879/1474). İbn Melek'in *Şerhu Mecmai'l-bahreyn* çalışması üzerine yazılmış bir haşiyedir. Yazma halindeki bu eserin Topkapı Kütüphanesi III. Ahmed bölümü 1043 demirbaş numaralı yazmasından faydalanılmıştır.

6. ***Keşfü'z-zunûn an esâmi'l-kütüb ve'l-fünûn:*** Kâtib Çelebi (ö. 1067/1657). Çalışmada geçen eserler hakkındaki bilgiler için çoğunlukla yirmi yılda hazırlanmış bu büyük bibliyografik eserden faydalanılmıştır.

7. ***Îzâhu'l-meknûn fi'z-zeyli alâ Keşfi'z-zunûn an esâmi'l-kütüb ve'l-fünûn:*** Bağdatlı İsmâil Paşa (ö. 1920). Eser, *Keşfü'z-zunûn*'a zeyil olarak kaleme alınmıştır ve bu eserden de aynı amaçla faydalanılmıştır.

8. ***Hediyetü'l-ârifîn: Esmâü'l-müellifîn ve âsârü'l-musannifîn:*** Bağdatlı İsmâil Paşa (ö. 1920). İslâm dünyasında yetmiş müelliflerle eserleri hakkında ansiklopedik bilgi içerir. Çalışmada geçen âlimler hakkında bilgi vermek için sıklıkla bu eser kullanılmıştır.

9. ***el-Cevâhirü'l-mudıyye fi tabakâti'l-Hanefiyye:*** Ebû Muhammed Muhyiddîn Abdülkâdir b. Muhammed b. Muhammed el-Kureşî el-Mısırî (ö. 775/1373). Eser, Hanefî ulemâsının hayatına dair günümüze ulaştığı bilinen büyük hacimli en eski çalışma olup 2000'i aşkın biyografiyi ihtiva etmektedir. Doktor Abdulfettâh

Muhammed el-Hulu tarafında tahkik edilen ve Müessetü'r-Risale tarafından 5 cilt halinde 1993 yılında basılan nüshası esas alınmıştır.

10. *el-Fevâidü'l-behiyye fî terâcimi'l-Hanefiyye*: Ebü'l-Hasenât Muhammed Abdülhay b. Muhammed Abdilhalîm b. Muhammed Emînillâh es-Sihâlevî el-Leknevî (1848-1886). Leknevî'nin eserine *et-Talîkâtü's-seniyye ale'l-Fevâidi'l-behiyye* adıyla yaptığı ilâve de *el-Fevâidü'l-behiyye* ile birlikte yayımlanmıştır. Çalışmamızda, Dâru'l-Kitabu'l-İslâmiyye baskısı kullanılmıştır. Eserin verdiği bazı bilgilerde hataya rastlanılabildiğinden, eserden istifade edilirken temkinli davranılmıştır.

11. *Tâcü't-Terâcim*: Ebü'l-Adl Zeynüddîn (Şerefüddîn) Kâsım b. Kutluboğa b. Abdillâh es-Sûdûnî el-Cemâlî el-Mısrî (ö. 879/1474). 350 civarında Hanefî âliminin isimlerine göre alfabetik sırayla yer aldığı eserde özet halinde biyografileri verilip telif ettikleri eserler belirtilmiştir. Muhammed Ramazan Yusuf tarafından tahkik edilerek 1992 yılında Dâru'l-Kalem tarafından Şam'da yayımlanan nüshasından faydalanılmıştır.

12. *Vefyâtü'l-ayân ve enbâü ebnâi'z-zamân mimmâ sebete bi'n-nakl evi's-semâ'ev esbetehü'l-ayân*: Ebü'l-Abbâs Şemsüddîn Ahmed b. Muhammed b. İbrâhîm b. Ebî Bekr b. Hallikân el-Bermekî el-İrbilî (ö. 681/1282). Eser, İslâm'ın başlangıcından itibaren kaleme alındığı döneme kadar yaşayan, herhangi bir alanda şöhrete kavuşmuş kadın ve erkek 800'den fazla kişinin biyografisini içerir. Dr. Yusuf Ali Taviil ve Dr. Meryem Kâsım Taviil tarafından tahkik edilerek 5 cilt halinde Dâru'l-Kütübü'l-İlmiyye tarafından 1998 yılında Beyrut'ta basılan nüshadan faydalanılmıştır.

13. *Osmanlı Müellifleri*: Bursalı Mehmed Tâhir (ö. 1861-1925). M. A. Yekta Saraç tarafından yayına hazırlanan ve üç cilt halinde TÜBA tarafından 2016 yılında Ankara'da basılan nüshası esas alınmıştır.

14. *Ketâibü a'lâmi'l-ahyâr min fukahâi mezhebi'n-Nu'mâni'l-Muhtar*: Muhammed b. Süleyman el-Kefevî (ö. 990/1582). Hanefî mezhebindeki en kapsamlı tabakat eserlerden birisi olan bu eser, Prof. Dr. Saffet Köse, Doç. Dr. Murat Şimşek, Dr. Hasan Özer, Dr. Huzeyfe Çeker ve Güneş Öztürk tarafından tahkik edilmiş ve 2017 yılında İrşad Kitabevi tarafından İstanbul'da yayımlanmıştır.

B. Modern Çalışmalar

Konumuzu ilgilendiren modern çalışma sayısı son derece azdır. Mevcut çalışmalar ise genel olarak TDV İslâm Ansiklopedisi'nde yer alan maddeler, İbnü's-Sââtî'nin eserlerinin dirâse kısımları ve bunların dışındaki birkaç çalışmadan ibarettir.

1. *“İbnü's-Sââtî”*, Ahmet Özel, TDV İslâm Ansiklopedisi, 21/190-192.

2. *“İbn Melek”*, Mustafa Baktır, TDV İslâm Ansiklopedisi, 20/175-176.

3. *Mecmau'l-bahreyn ve mülteka'n-neyyireyn*; Fahrüddîn Rıdvân b. Muhammed Alî b. Rüstem el-Horasânî es-Sââtî (ö. 694/1221). İlyas Kaplan tarafından tahkik edilerek yayınlanan kitabın dirâse kısmından faydalanılmıştır.

4. *Şerhu Mecmai'l-bahreyn*: Fahrüddîn Rıdvân b. Muhammed Alî b. Rüstem el-Horasânî es-Sââtî (ö. 694/1221). Salih b. Abdullah b. Salih el-Haydân, Halid b. Abdullah b. Muhammed el-Haydân ve Abdullah b. Salih b. Muhammed el-Haydân tarafından tahkik edilen kitabın dirase kısmından faydalanılmıştır.

5. *Nihâyetü'l-vusûl ilâ ilmi'l-usûl*; Fahrüddîn Rıdvân b. Muhammed Alî b. Rüstem el-Horasânî es-Sââtî (ö. 694/1221). Sa'd b. Garîr b. Mehdî es-Sülemî tarafından tahkik edilen kitabın dirase kısmından faydalanılmıştır.

6. *Ferişteoğulları'nın Arapça Türkçe Lügatleri Üzerinde Araştırma (Doktora tezi, 1981)*; Cemal Muhtar. Eser 1993 yılında İstanbul'da İFAV tarafından neşredilmiştir. Cemal Muhtar tarafından yazılan giriş kısmından ve İbn Melek'e ait sözlük metninden faydalanılmıştır.

7. *Babertî ile İbn Melek Arasındaki Fıkhi Tartışmalar Tuhfe-Mebarik Özeline*; Dr. H. Murat Kumbasar. Araştırma Yayınları tarafından 2016 yılında Ankara'da basılmıştır. Eser, İbn Melek'in 70 civarında hadiste Bâbertî'ye itirazlarından bahsetmektedir. Eserin ilk 28 sayfasında İbn Melek ve Bâbertî hakkında bilgi verilmiştir.

8. *“Tireli İbn Melek, Hayatı, Eserleri ve Menâr Şerhi”*, Mustafa Baktır tarafından Atatürk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisinde iki bölüm halinde yayımlanmıştır.

9. *“İbn Melek'in Mebârik'de Ekmelüddîn Bâbertî'ye İtirazları”*, Mustafa Baktır'ın 28-30 Mayıs 2010 tarihli I. Ekmelüddîn Bâbertî Sempozyumunda sunmuş olduğu bildiridir. (2014, s. 185-191)

10. Süleyman Şah ve İbni Melek, A. Munis Armağan tarafından hazırlanan ve Tire Belediyesi Kültür Yayınları tarafından yayımlanmış küçük bir risaledir.

11. Büyük Mütefekkir ve Mutasavvıf Abdüllâtif İbn Melek, Tire Müze Müdürü Faik Tokloğlu tarafından yazılan ve 1955 yılında İzmir’de Berrin matbaasında basılan 11 sayfalık küçük bir kitapçıktır.

12. Hanefi Fıkıh Alimleri, Ahmet Özel tarafından hazırlanan, 2013 yılında Türkiye Diyanet Vakfı tarafından Ankara’da basılan 779 sayfalık bu eser de kullandığımız kaynaklar arasında yer almaktadır.



BİRİNCİ BÖLÜM

MUSANNİF İBNÜ'S-SÂÂTÎ VE ŞÂRİH İBN MELEK'İN HAYATLARI

Çalışmamızın birinci bölümünde, İbnü's-Sââtî ve İbn Melek'in yaşadıkları dönemlerin siyasi ve ilmi durumunu, hayatlarını ve eserlerini ele almaya çalışacağız.

1.1. İBNÜ'S-SÂÂTÎ

1.1.1. Yaşadığı Dönemin Siyasi ve İلمي Durumu

İbnü's-Sââtî XIII. yüzyılda Bağdat'ta yaşamış bir âlimdir. Bağdat şehri İbnü's-Sââtî'den önceki asırlarda en parlak zamanlarını yaşamış ve önde gelen ilmî merkezlerden biri olmuştur. Orta çağ İslâm coğrafyasında adından söz ettiren devlet adamlarından biri olan Büyük Selçuklu veziri Nizâmülmülk (ö. 485/1092) tarafından muhtelif şehirlerde kurulan Nizâmiye medreseleri arasında en tanınmış Bağdat'te yer almaktaydı. 459 (1067) yılında faaliyete geçen bu medrese, zengin vakıflara sahipti. İbnü's-Sââtî'nin tanıklık ettiği dönem, bu rekabetin zirvede olduğu döneme rastlıyordu.¹

Nizamiye'den yaklaşık iki asır sonra, İslâm coğrafyasının doğuda Moğol saldırılarına uğradığı bir dönemde hilafet makamında bulunan Müstansır-Billâh'ın (1226-1242) emriyle 1233 yılında Bağdat'ta yaptırılan ve sanatsal yönden oldukça değerli sayılan Müstansırıyye Medresesi de Bağdat'ın ilim ve kültür şehri olmasına katkıda bulundu. Nizamiye'den farklı olarak dört mezhepten birer müderris bulunan ve tıp ilmi de okutulan bu medrese, İbnü's-Sââtî'nin müderrislik yaptığı bir külliye'dir. Geniş bir kütüphaneye ve zengin vakıflara sahip olan bu medrese, uzun yıllar ayakta kalmayı başarmıştır. Başlangıçta iyi bir müderris kadrosuna sahip olan Müstansırıyye Medresesi, Moğol Hükümdarı hülagunun Bağdat'ı istilasıyla öğretim kadrosundaki

¹ Abdülkerim Özaydın, "Nizâmiye Medresesi", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2007), 33:188-190; Güray Kırpık, "Bağdat Nizamiye Medresesi'nin Kuruluşu, Yapısı ve İşleyişi", *İslam Medeniyetinde Bağdat (Medînetü's-Selâm) Uluslararası Sempozyum, 07-08-09 Kasım 2008*, 2011, 2: 685-698; Mehmet Altay Köymen, "*Büyük Selçuklu İmparatorluğu Tarihi*", Ankara: 1992, 3:347-382.

âlimlerin Kahire ve Şam gibi daha güvenli merkezlere göç etmesi dolayısıyla zayıfladı. Zaman zaman da buradaki ilmî faaliyetlere ara verilmek zorunda kalındı.²

İslam dünyasına yayılan Moğol işgalinin, Bağdat'a kadar uzanması, tarihçiler ve toplum nezdinde oldukça etkili olduğu ve Moğol imajını olumsuz etkilediği görülmektedir. Bu durum, Moğollarla ilgili ilginç rivayet ve yorumlara sebep olmuştur. Bağdat'tan sonra tehdit altında olan Şam ve Kahire'de yaşayan tarihçiler, Moğolları zalim bir toplum olarak tasvir etmişlerdir.³ Moğol istilasının İslam coğrafyasına ve Bağdat'a pek çok açıdan zarar verdiği bilinmektedir, çok geniş çevrelerce kabul edilmektedir. Ancak oluşan algı ve aktarılan rivayetlerde ihtilaflar da dikkat çekmektedir. Bunlar arasında en meşhuru Bağdat kütüphanesinin akıbetine dairdir. Sahip olduğu kitapların zenginliği ile öne çıkan ve şehrin kültür merkezi haline geldiğinin göstergelerinden biri olan Bağdat kütüphanesinin, yok edilmesi ya da yıkılması ile ilgili rivayetler detaylıca incelendiğinde, Moğollara dair algının abartılı yönlerine de sahip olduğu görülmektedir.⁴

Bağdat'ta söz konusu gelişmeler yaşanırken, batısında yer alan Kahire ve birini oluşturur. Mısır ve Suriye'de Şâfiî, Hanefî, Mâlikî ve Hanbelî fihkî okutulan çok sayıda medrese açıldı. Medreseler dışında Dârulhadis ve dârülkurrallar açıldı ve tıp öğretimi desteklendi. Bu ortam, öğrenciler ve müderrislerin gelişimi Şam'da Eyyübîler (1171-1462) hâkimiyeti mevcuttu. Eyyübîler, Mısır'da Fâtımî egemenliğine son verdiği gibi Kudüs Haçlı Krallığına son verdi. Askerî başarıları, ilmî ve kültürel faaliyetlerle destekleyen Eyyübîler, İslam eğitim tarihinin parlak dönemlerden açısından oldukça elverişliydi. Bu sayede çok sayıda âlim yetişti ve çok sayıda eser telif edildi. Eyyübî meliklerinin bu çabaları sayesinde Mısır ve Suriye, İslam dünyasının kültür merkezleri arasında zirveye tırmandı. Bağdat'ta istikrarın kaybolması ile de söz konusu şehirler Bağdat'ı ilmi ve kültürel açıdan geride bıraktı.⁵

² Sâmi es-Sakkâr-Nebi Bozkurt, "Müstansırıyye Medresesi", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, (İstanbul: TDV Yayınları, 2006), 32:121-123.

³ Detaylı bilgi için bk. F. Yahya Ayaz, "Erken Dönem Memluk Tarihçilerinin Bağdat'ın Moğollar tarafından İstilasıyla Alakalı Rivayet ve Yorumları", *İslam Medeniyetinde Bağdat (Medînetü's-Selâm) Uluslararası Sempozyum, 07-08-09 Kasım 2008*, 2011, 1: 261-282.

⁴ Metin Yılmaz, "Göreceli Tarih Anlayışına Bir Örnekleme: Bağdat Kütüphanesi Gerçekten Tahrip Edildi mi?", *EKEV Akademi Dergisi*, 8/18 (2004): 319-342.

⁵ Ramazan Şeşen, "Eyyübîler (Siyasi Tarih, Medeniyet Tarihi)", (İstanbul: TDV Yayınları, 1995), 12: 26-28.

Mısır'da Eyyübî hâkimiyetine son vererek Kahire merkezli bir Türk devleti kuran Memlükler (1250-1517), Şam bölgesine ve Hicaz'a egemen olmayı başardılar. Memlükler, Moğolları ilk defa 658 (1260) yılında Aynicâlut savaşında hezimete uğrattılar. Ardından Abbâsî hilafetini Kahire'de yeniden tesis ettiler. Haçlıları püskürterek Mısır ve Şam'ı istikrara kavuşturdular. Söz konusu askerî başarıları yanı sıra ilmî ve kültürel hayattaki teşvikleri, Anadolu ve Bağdat gibi istikrarın kaybolduğu bölgelerden âlimlerin buralara göç etmesine sebep oldu. Böylece devletin Müslümanlar nezdindeki tanınırlığı arttı ve meşruiyet kazanmasına sebep oldu. Devlet adamlarının medrese inşasında âdeta birbiriyle yarıştığı bir dönem olan Memlükler dönemi, İslam tarihinin parlak sayfaları arasında yer alır. Aynî (ö. 855/1451), İbn Hacer (ö. 852/1449), Kastallânî (ö. 923/1517) gibi İslam ilim tarihinin meşhur pek çok âliminin yetiştiği bir dönem olarak öne çıkar. Tefsir, fıkıh, hadis gibi alanların yanı sıra matematik ve tıp alanında çok sayıda şöhret sahibi âlim yetişti.⁶

1.1.2. İsmi, Doğumu ve Nesebi

Tam ismi Ebü'l-Abbâs Muzafferüddîn Ahmed b. Alî b. Tağlib el-Ba'lebekkî el-Bağdâdî el-Hanefî'dir.⁷ 10 Zilkade 651 (1 Ocak 1254) tarihinde Bağdat'ta dünyaya geldi. Babası Alî b. Tağlib Ba'lebekkî Şam ehliyendi, daha sonra Bağdat'a taşındı ve orada ikamet etti. Babası astronomiyle de ilgilenen bir saat imalâtçısıydı. Babasına nisbetle İbnü's-Sââtî diye tanındı.⁸

⁶ İsmail Yiğit, "Memlükler", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (Ankara: TDV Yayınları, 2004), 29: 94-96.

⁷ Ebü Muhammed Muhyiddîn Abdülkâdir b. Muhammed b. Muhammed el-Kureşî el-Mısri, *el-Cevâhirü'l-mudîyye fi tabakâti'l-Hanefiyye*, nşr. Abdülfettâh M. el-Hulv, 2. Baskı (Kahire: Müessesetü'r-Risâle, 1993), 1: 208; Ebü'l-Adl Zeynüddin Kâsım b. Kutluboğa, *Tâcü't-terâcim*, nşr. Muhammed Hayr Yûsuf, 1. Baskı (Dimaşk: Dârü'l-Kalem, 1992), 95; Mahmûd b. Süleyman el-Kefevî, *Ketâibü a'lâmi'l-ahyâr min fukahâi mezhebi'n-Nu'mâni'l-muhtâr*, nşr. Saffet Köse v.dğr. 1. Baskı (İstanbul: İrşad Kitabevi, 2017), 3:310; Bağdatlı İsmail Paşa, *Hediyyetü'l-ârifîn esmâü'l-müellifîn ve âsârü'l-musannifîn*, (Beyrut: Dâru İhyai't-Turasi'l-Arabî, 1951), 1: 100-101; Muhammed Abdülhay el-Leknevî, *el-Fevâidü'l-behiyye fi terâcimi'l-Hanefiyye*, (Kahire: Dâru'l-Kitabi'l-İslamî ts.), 26; Abdullah Mustafa el-Merâgî, *el-Fethu'l-mübîn*, (Kahire: ts.), 97-98; Ahmet Özel, "İbnü's-Sââtî, Muzafferüddin", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2000) 21: 190.

⁸ Özel, "İbnü's-Sââtî, Muzafferüddin", 21: 190; Ahmet Özel, *Hanefî Fıkıh Âlimleri*, 3. Baskı (Ankara: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 2013), 116.

Mustansırıyye ve Muvaffakiyye medreselerinde ders veren Hanefî âlimlerden biriydi.⁹ Bayram namazlarında Mustansırıyye’de hutbe okurdu.¹⁰ Rebîülevvel 686’da (Nisan-Mayıs 1287) Kâdılkudât İzzeddin İbnü’z-Zencânî’ye nâib oldu.

1.1.3. Hocaları

Zamanında Hanefî mezhebinin önde gelen simalarından biri olan İbnü’s-Sââtî, fıkıh ve usulüne dair kaleme aldığı iki eseri ve güzel yazısıyla tanınmıştır. İbnü’s-Sââtî’nin birçok âlime öğrencilik yaptığı tahmin edilebilir. Bunun en önemli sebebi zamanında önemli bir ilim merkezi olan Bağdat’ta yaşamasıdır. Fakat kaynaklarda sadece üç tane hocasından bahsedilmektedir:

1. Zahîrüddin Muhammed b. Ömer en-Nevcâbâzî el-Buhârî:¹¹ Hicri 616 yılında doğdu. Hicri 668 yılında vefat etti. Şemsüleimme el-Kerderî (ö. 642/1244)¹² ve Ebû Abdillâh Hüsâmüddîn Muhammed b. Muhammed b. Ömer el-Ahsîkesî’ye¹³ (ö. 644/1246-47) öğrencilik yaptı.

2. Şemseddin İbnü’s-Saykal el-Cezerî diye tanınan **Ebü’n-Nedâ Meâd b. Nasrullah el-Harrânî:**¹⁴ Hicri 701 yılında vefat etti.

3. Ebü’l-Berekât Hâfzüddîn Abdullah b. Ahmed b. Mahmûd en-Nesefti: (ö. 710/1310) Hanefî mezhebinde klasik sonrası dönemde çok etkili âlimlerden biridir. Birçok eser kaleme almıştır. *Kenzü’d-dekâik* isimli eseri Hanefî mezhebinin temel metinlerinden biri olup *el-Vâfi*’nin özetidir. Eserin müstakil olarak ve şerhleriyle birlikte birçok baskısı yapılmıştır. *Menârü’l-envâr*, Hanefî fıkıh usulü eserlerinden üzerine en fazla çalışma yapılan metindir. Bu eserin Pezdevî ile Serahsî’nin eserinden özetlediği ve tertibinde Pezdevî’nin tarzına bağlı kalındığını ifade edilmiştir.¹⁵

9 Nâcî Ma’rûf, *Târîhu ulemâi’l-Müstansırıyye*, 1. Baskı (Bağdat: Matbaatu’l-Ânî, 1959), 49, 58, 60.

¹⁰ Nâcî Ma’rûf, *Târîhu ulemâi’l-Müstansırıyye*, 60.

¹¹ Leknevî, *el-Fevâidü’l-behiyye*, s. 183.

¹² Ahmet Özel, “Kerderî, Şemsüleimme”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2012), 25: 276-277.

¹³ Mustafa Uzunpostalcı, “Ahsîkesî”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2000), 2: 181.

¹⁴ Hacı Halife Mustafa b. Abdullah Kâtib Çelebi, *Keşfü’z-zunûn an esâmi’l-kütüb ve’l-fünûn*, (Beirut: Dâru İhyâü’t-Türasi’l-Arabî, ts.) 2: 1785; Bağdatlı İsmail Paşa, *Hediyyetü’l-ârifîn*, 2: 465.

¹⁵ Takıyyüddin b. Abdülkâdir et-Temimî, *et-Tabakâtü’s-seniyye fî terâcimi’l-Hanefiyye*, nşr. Abdülfettâh Muhammed el-Hulv, 1. Baskı (Riyad: Dâru’r-Rifâî 1403), 4: 154-155; Leknevî, *el-*

1.1.4. Öğrencileri

Mustansiriyye ve Muvaffakiyye medreselerinde ders veren İbnü Sââtî, çok sayıda talebe yetiştirmiştir. Kaynaklarda tespit edebildiklerimiz şunlardır:

1. **Tâceddin İbnü's-Sebbâk** diye tanınan **Ali b. Sencer el-Bağdâdî**: Doğum tarihi konusunda hicri 660 ve 661 şeklinde iki farklı rivayet vardır. Doğumunda olduğu gibi ölüm tarihi konusunda da 750 ve 755 tarihleri olmak üzere farklı iki tarih zikredilmiştir.¹⁶

2. **Mecdüddin İbnü's-Sââtî**: İbnü's-Sââtî'nin oğludur. Doğum ve ölüm tarihi hakkında bilgiye ulaşılamamıştır.

3. **Fâtüma bnt. İbnü's-Sââtî**: İbnü's-Sââtî'nin kızıdır. Babasından Mecmau'l-Bahreyn'i okumuştur.¹⁷

4. **Taceddin Ali b. Enceb es-Sâî**: Hicri 593'da doğdu ve 674 yılında vefat etti.¹⁸

5. **Zekiyyüddin es-Semerkandî**: Doğum ve ölüm tarihi bilinmemektedir. Kaynaklar 690 yılında hayatta olduğunu kaydetmektedir.¹⁹

6. **Nasruddün el-Konevî**: Hicri 679 tarihinde doğdu ve 764 tarihinde vefat etti.²⁰

1.1.5. Eserleri

İbnü's-Sââtî, yaşadığı dönemde Hanefî mezhebinin önde gelen simalarından biri olan İbnü's-Sââtî'nin eserlerinde telif yönü öne çıkmaktadır. Bize kadar ulaşan üç eseri fıkıh ve fıkıh usulüne dairdir ve üçü de neşredilmiştir.

1. **Mecmau'l-bahreyn ve mülteka'n-neyyireyn**: Hanefî fıkıh literatüründe “mütûn-i erbaa” diye anılan dört temel kitaptan biri olup Kudûrî'nin *el-Muhtasar*'ı ile

Fevâidü'l-behiyye, 101-102; Bağdatlı İsmail Paşa, *Hediyyetü'l-ârifîn*, 2: 464; Özel, “Kerderî, Şemsüleimme”, 25: 276-277.

¹⁶ Bağdatlı İsmail Paşa, *İzâhu'l-meknûn fi'z-zeyli alâKeşfi'z-zünûn an esâmi'l-kütüb ve'l-fünûn*, (Beyrut: Dâru İhyâi't-Türasi'l-Arabî, ts.), 1: 569-570; Leknevî, *el-Fevâidü'l-behiyye*, 121.

¹⁷ Leknevî, *el-Fevâidü'l-behiyye*, 28.

¹⁸ Bağdatlı İsmail Paşa, *Hediyyetü'l-ârifîn*, 1: 712-713; Bağdatlı İsmail Paşa, *İzâhu'l-meknûn*, 1:42.

¹⁹ Bağdatlı İsmail Paşa, *Hediyyetü'l-ârifîn*, 2: 162; Leknevî, *el-Fevâidü'l-behiyye*, 27, 156.

²⁰ Bağdatlı İsmail Paşa, *Hediyyetü'l-ârifîn*, 2: 162; Leknevî, *el-Fevâidü'l-behiyye*, 27, 156.

Ebû Hafs Necmüddin en-Neseî'nin (ö. 537 /1142) *el-Manzûmetü'n-Neseîyye* adlı eserinin bir araya getirilmesiyle telif edilmiştir.²¹

Bazı kaynaklarla, bir kısım yazma nüshalarda ve kütüphane kataloglarında kitap adındaki son kelimenin “nehreyn” şeklinde yazılması doğru değildir.²² Müellif, bu kitabın şerhinde isminin “*Mecmau'l-bahreyn ve mülteka'n-neyyireyn*” olduğunu zikretmektedir.²³

Eser üzerine başta müellifi tarafından olmak üzere birçok şerh yazılmıştır. Bu şerhler hakkında ikinci bölümde ayrı bir başlık altında bilgi verilecektir.

2. Şerhu Mecmai'l-bahreyn ve mülteka'n-neyyireyn:²⁴ İbnü's-sââtî'nin kendi eserine yazdığı şerhidir.²⁵ Bu şerhe Cemâleddin Aksarâyî (ö. 791/1388-89 [?]) bir hâşiye yazmıştır (Süleymaniye Ktp., Fâtih, nr. 1472). İbn Melek'in yazdığı şerhte en fazla atıfta bulunduğu kitaplardan biridir.

3. Nihâyetü'l-vüsûl ilâ ilmi'l-usûl:²⁶ Eser *el-Bedî* ismiyle meşhurdur.

Eser, Ebü'l-Usr Pezdevi (ö. 482/1089)'nin telif ettiği Kenzu'l-vusul ile Seyfeddin Âmidî (ö. 631/1233)'nin mütekellimûn metoduna göre yazdığı *el-İhkâm* isimli eserlerini bir araya getirmiştir.²⁷ Bu yönüyle son dönemde karma metot (memzûc) olarak da anılan yeni usul yazımının ilk örneği kabul edilmektedir.²⁸

Eser, Ezher Üniversitesinde Mehmet Akkaya ve Ümmü'l-Kura Üniversitesinde Sa'd Gureyr tarafından tahkik edilmiştir. Sa'd Gureyr tarafından yapılan tahkik basılmıştır.²⁹

²¹ Eser İlyas Kaplan tarafından tahkik edilerek 2005 yılında Beyrut'ta Dâru'l-Kütübü'l-İlmiyye'de basılmıştır.

²² Kâtib Çelebi, *Keşfü'z-zünûn*, 2: 1599; Özel, “İbnü's-Sââtî, Muzafferüddin”, 21: 190.

²³ Ebü'l-Abbâs Muzafferüddin Ahmed b. Alî b. Tağlib, *Şerhu Mecmai'l-bahreyn ve mülteka'n-neyyireyn*, nşr., Salih b. Abdullah b. Salih el-Laydân v.dğr., 1. Baskı (Mısır: Dâru'l-Felah, 2015), 1: 67.

²⁴ Özel, “İbnü's-Sââtî, Muzafferüddin”, 21: 190.

²⁵ Eser Salih b. Abdullah b. Salih el-Haydân, Halid b. Abdullah b. Muhammed el-Haydân ve Abdullah b. Salih b. Muhammed el-Haydân isimli üç araştırmacı tarafından doktora tezi olarak tahkik edilmiş ve Riyad'da Dâru'l-Efhâm ve Dâru'l-Felah tarafından 2015 yılında 10 cild halinde yayınlanmıştır.

²⁶ Eser Câmîatü'l-Ezher külliyyetü'ş-şerîa ve'l-kânûn'da Mehmed Akkaya (I-II, 1402/1982), Mekke Câmîatü Ümmü'l-kurâ külliyyetü'ş-şerîa'da Sa'd b. Garîr b. Mehdî es-Sülemî (I-II, 1405/1985) tarafından doktora tezi olarak ayrı ayrı tahkik edilmiştir. Sa'd b. Garîr b. Mehdî es-Sülemî'nin çalışması iki cild halinde Câmîatü Ümmü'l-Kurâ tarafından hicri 1418 yılında yayınlanmıştır.

²⁷ İbnü's-Sââtî, *Nihâyetü'l-vüsûl ilâ ilmi'l-usûl*, nşr. Sa'd b. Garîr b. Mehdî es-Sülemî (Mekke: Câmîatü Ümmü'l-Kurâ, 1418), 1: 3-6.

²⁸ H. Yunus Apaydın, *İslam Hukuk Usulü*, 5. Baskı (Ankara: Bilay 2018), 33.

²⁹ Mehmet Boynukalın, *Fıkıh Usulü Âlimleri ve Eserleri (III-XIII. Hicri Yüzyıl)*, 1. Baskı (İstanbul:

Nihâyetü'l-vüsûl üzerine yazılan ve halen yazma halinde bulunan belli başlı şerhler şunlardır:

a) Ebü'l-Feth Muslihuddin Mûsâ b. Emîri Hâc et-Tebrîzî, *er-Refî fî şerhi'l-Bedî*³⁰ (Süleymaniye Ktp., Şehid Ali Paşa, nr. 633, Yenicami, nr. 331; Dârü'l-kütübi'l-Mısriyye, Usûlü'l-fikh, nr. 63).

b) Mahmûd b. Abdurrahman el-İsfahânî eş-Şâfiî, *Beyânü meâni (müşkili)'l-Bedî*³¹ (Râgıb Paşa Ktp, nr. 410, 411; Süleymaniye Ktp., Fâtih, nr. 1345, Hasan Hüsnü Paşa, nr. 532; Beyazıt Devlet Ktp., Bayezid, nr. 6133; Dârü'l-kütübi'l-Mısriyye, Usûlü'l-fikh, nr. 14).

c) İbnü's-Şeyh Uveyne el-Mevsilî eş-Şâfiî, *Şerhu'l-Bedî* (Dârü'l-kütübi'l-Mısriyye, Usûlü'l-fikh, nr. 17).

d) Ömer b. İshak el-Gaznevî, *Kâşifü meâni'l-Bedî ve (fî) beyâni müşkilihi'l-menî*³² (Süleymaniye Ktp., Şehid Ali Paşa, nr. 683, Hacı Hüsnü Paşa, nr. 531; Âtîf Efendi Ktp., nr. 694; Dârü'l-kütübi'l-Mısriyye, Talat, nr. 299).

Hanefîler'den İbnü'l-Hümâm (ö. 861/1457) ile Şâfiîler'den İbn Hatîb Cibrîn ve diğer bazı âlimler de kitaba şerh yazmışlardır.³³

4. *ed-Dürrü'l-mendûd fî'r-red alâ feylesûfi'l-Yehûd*: Kaynaklarda İbnü's-Sââtî'nin, çağdaşı Yahudi tabip ve filozof İbn Kemmûne'ye (ö. 683/1284) reddiye olarak yazmış olduğu ifade edilen bir eserdir.

1.1.6. Vefatı

4 Cemâziyelevvel 694 (22 Mart 1295) tarihinde Bağdat'ta vefat etmiş ve Cüneyd-i Bağdâdî'nin (ö. 297 /909) kabri yanına defnedilmiştir.³⁴

İFAV, 2017), 204.

³⁰ Kâtib Çelebi, *Keşfü'z-zünûn*, 1: 235; Kutluboğa, *Tâcü't-terâcim*, 298.

³¹ Kâtib Çelebi, *Keşfü'z-zünûn*, 1: 235-236.

³² Kâtib Çelebi, *Keşfü'z-zünûn*, 1: 236.

³³ Kâtib Çelebi, *Keşfü'z-zünûn*, 1: 235-236; Özel, “İbnü's-Sââtî, *Muzafferüddin*”, 21: 190.

³⁴ *Keşfü'z-zünûn*, 1: 235-236; Özel, “İbnü's-Sââtî, *Muzafferüddin*”, 21: 190.

1.2. İBN MELEK

1.2.1. Yaşadığı Dönemin Siyasi ve İlmî Durumu

İbn Melek'in yaşadığı XIV. Yüzyıl siyasi karmaşanın hakim olduğu İzmir'in Tire ilçesinde Aydınoğulları beyliği döneminde yaşamıştır.

Anadolu Selçuklularının Moğol hâkimiyeti altına girmesi ve tarih sahnesinden çekilmesi sonrasında XIII. yüzyıldan itibaren Anadolu'nun muhtelif şehirlerinde bağımsız bazı Beylikler kurulmuştur. Bu beylikler, kendi aralarında ve zaman zaman komşuları Bizans ile mücadele etmiş olsalar da Anadolu'nun iktisadî ve kültürel gelişimine katkı sunmuşlardır. Nitekim Anadolu beylikleri döneminde bazı meşhur âlimlerin yetiştiğine şahitlik edilmiştir.

Kütahya ve çevresinde hâkimiyet sağlayan Germiyanoglu Beyliği, Batı Anadolu'nun en etkili güçleri arasındaymış. Bu durum, siyasî istikrarın yanı sıra ilmî faaliyetlerin de canlı olmasını sağlamış.³⁵ Bu beyliğin ordusunda subaşılığı görevinde bulunan Mübârizeddin Gazi Mehmed Bey (ö. 1334), yaptığı fetihler sonrasında Aydın'ı ve İzmir'in güneyini ele geçirdi. Ardından Aydınogulları beyliğini kurdu. İlmî faaliyetleri destekleyen ve âlimleri himaye eden Mehmed Bey'den sonra yerine oğlu Umur Bey (ö. 748/1348) geçti.³⁶ Umur Bey döneminde (1334-1348) de fetihler devam etti ve Aydınogulları gelişmesini sürdürdü. Beyliğin en parlak devri olarak kabul edilen bu dönemde özellikle denizcilik faaliyetlerinde önemli gelişmeler yaşandı. Babası gibi ilmî gelişime önem veren Umur Bey, İbn Melek'in memleketi Tire başta olmak üzere beyliğin merkezi Birgi ve diğer yerlere, cami ve medrese yaptırarak hayır işlerinde bulunmuştur.³⁷ Meşhur seyyah İbn Battûta (ö. 770/1368), babasının ölümünden yaklaşık bir yıl önce Umur Bey'i İzmir'de bizzat görmüştür. Battuta, Umur

³⁵ Mustafa Çetin Varlık, "Germiyanogulları", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 1996), 14: 33-34; İsmail Hakkı Uzunçarşılı, *Anadolu Beylikleri ve Akkoyunlu, Karakoyunlu Devletleri*, (Ankara: 1969), s. 39-54.

³⁶ Erdoğan Merçil, "Aydınogulları", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 1991), 4: 239-240; Uzunçarşılı, *Anadolu Beylikleri*, 104-120.

³⁷ Uzunçarşılı, *Anadolu Beylikleri*, 105-108; Feridun Emecen, "Umur Bey", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2012), 42: 156-159.

Bey'in cömert biri olduğunu, oldukça geniş servete sahip bulunduğunu ve cesaretine hayran kaldığını ifade eder.³⁸

Umur Beyin uzun süren iktidarından sonra yerine geçen kardeşi Hızır Bey (ö. 1360) döneminde ise başarısızlıklar peş peşe gelmiştir. Latinler İzmir'e saldırmış ve şehir zarar görmüştür.⁵

Ağabeyi kadar büyük başarılar gösteremeyen Hızır Bey'in ardından Mehmed Bey'in en küçük oğlu Fahreddin İsa beyliğin başına geldi. Onun zamanında Osmanlılar ile dostâne ilişkilerin geliştiği görülmektedir. Nitekim o, Osmanlı padişahı I. Murad'ın Kosova seferine destek kuvvet gönderdi.³⁹ Böylece Umur Bey döneminde Osmanlı ile kurulan yakın ilişkiler sürdürüldü. Yıldırım Bayezid (1389-1403) ile de iyi ilişkiler kurdu. Yıldırım Bayezid ile İsa Bey'in kızı evlendi. Böylece Osmanoğulları ile Aydınoğulları arasında var olan sıkı ilişkiler evlilik bağı ile daha da kuvvetlendirilmiş oldu.⁴⁰

Tire, Osmanlı padişahı I. Bayezid aracılığıyla Osmanlı hâkimiyetine dâhil olmuştur. Osmanoğulları 1402 yılında vuku bulan Ankara savaşından sonra fetret dönemini yaşarken; Aydınoğulları da iç çekişme yaşıyordu. Ankara savaşından sonra Osmanlı topraklarını paylaştıran Timur, şehri yine Aydınoğullarına vermiş, ancak II. Murad (ö. 855/1451) döneminde Aydınoğulları kesin bir şekilde Osmanlı Devleti'ne ilhak olmuştur.⁴¹

Aydınoglu Mehmed Bey, beyliğin idarî merkezini Birgi olarak belirlemiştir. Bu yüzden yatırımların büyük kısmını başlangıçta burası elde ediyordu. Nitekim Mehmet Bey, Câmîi ve medrese gibi hayır kurumları inşa ederek, şehrin gelişimine önemli katkıda bulundu. Bir süre sonra Birgi, Aydınoğullarının elinden çıkarak Osmanlı hakimiyetine geçti. Bunun sonucunda beyliğin idarî merkezi de İbn Melek'in memleketi Tire'ye taşınmak zorunda kaldı. Mehmed Bey, buraya oğlu Süleyman Şah'ı Bey olarak tayin etmişti. Yeni idarî merkez olarak seçilen Tire'nin gözdeliğini

³⁸ İbn Battûta, *Seyahatnâme*, (İstanbul: 2004), 1: 425-426; Mehmet Ali Demirbaş, "XVI. Yüzyılda Tire Vakıflarına Ait Notlar", *Türk Kültüründe Tire*, haz. Mehmet Şeker, (Ankara: 1994), 25-29.

³⁹ Uzunçarşılı, *Anadolu Beylikleri*, 113.

⁴⁰ Selim Parlaz, *Osmanlı Devleti'nde Siyasi Evlilikler* (Yüksek Lisans Tezi, Denizli, 2007), 25-26.

⁴¹ Erdoğan Merçil, "Aydınoğulları", 4: 241.

artırmasından olsa gerek Süleyman Şah öldüğünde babası tarafından Tire’de yaptırılan ve İbn Melek’in adıyla anılan medresedeki türbesine defnedilmiştir.⁴²

İbn Melek’in memleketi Tire, günümüzde İzmir iline bağlı bir ilçe olup, söz konusu dönemden bugüne kalan tarihî eserleri ile şöhret bulmuştur. Malazgirt zaferinden kısa bir süre sonra fethedilen şehir, asıl gelişimini Aydınoğlu Mehmet Bey’in oğlu Umur Bey döneminde gerçekleştirmiştir. Umur Bey âlimlerin şehre gelmesi, talebelerin yetişmesi için medreseler yaptırmıştır. İlmî faaliyetlerin desteklenmesi yanı sıra ziraatin gelişmesi için de su bentleri inşa ettirmiştir. Bunun dışında İsbâ Bey’in kızı ve aynı zamanda Yıldırım Bayezid’in hanımı Hafsa’nın vakfettiği külliye de şehrin gelişmesine katkı sağlayan yapılar arasındadır. Bayındırlık faaliyetlerinin yanı sıra ticaretin canlanması ve şehir ekonomisinin istikrara kavuşması gibi faktörler sayesinde âlimler için cazibe merkezi haline gelmiştir.⁴³

XIV. yüzyılda Anadolu Beylikleri arasında yer alan, Aydınoğullarının komşusu konumundaki Saruhanoğulları Beyliği de İbn Melek’in Manisa’daki Saruhan medresesinde bir süre ilim tahsil etmiş olması bakımından önemlidir. Saruhan (ö. 747/1346) tarafından idarî merkezi Manisa’da kurulan beylik, ziraat açısından verimli topraklara sahipti. Saruhan Bey, Batı Anadolu’nun denizci beyliklerinden Aydınoğulları ile muhtelif ittifaklar geliştirdi. Saruhan’ın ölümünden sonra yerine oğlu İlyas geçmiş ancak pek başarılı bir siyaset güdememiştir. Onun ardından beyliğin başına geçen İshak Bey (ö. 780/1378-1379), beyliğin en ihtişamlı dönemini yaşamasını sağladı. Manisa’da gerçekleştirdiği bayındırlık faaliyetlerinin yanı sıra hayır müesseselerine verdiği önem dikkat çekmektedir. Osmanoğulları ve Orta Anadolu’nun en etkili beyliği olan Karamanoğulları ile de iyi ilişkiler kurma yoluna gitti. I. Bayezid, beyliği Osmanlı’ya ilhak etmesine rağmen Ankara savaşından sonra beylik yeniden kuruldu. II. Murad döneminde ise tarih sahnesindeki yerini aldı.⁴⁴

XIV. yüzyılda İslâm dünyasında ilmî, dinî ve siyasî merkezleri arasında Kahire öne çıkmaktaydı. Abbasî hilafetinin Kahire’de yeniden tesis edilmesi de Memlükler

⁴² Uzunçarşılı, *Anadolu Beylikleri*, 110.

⁴³ Zekai Mete, “Tire”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2012), 41: 195; W. M. Ramsay, *Anadolu’nun Tarihi Coğrafyası*, çev. Mihri Pektaş, (İstanbul: Milli Eğitim Basımevi, 1960), 111, 122.

⁴⁴ Feridun Emecen, “Saruhanlılar”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2009), 36: 170-173; Uzunçarşılı, *Anadolu Beylikleri*, 84-91.

için oldukça önem arz etmekteydi. Kahire'nin yanı sıra Şam da önde gelen ilim merkezleri arasındaydı. Sultanların yanı sıra devlet adamları da söz konusu şehirlere çok sayıda medrese yaptırarak buraları ilim merkezi haline getirilmiştir. Böylece muhtelif şehirlerden buralara hem âlimler hem de ilim tâlipleri gelmişlerdir. Bu ilmî inkişaf sayesinde Anadolu'dan bazı âlimler de söz konusu şehirlere giderek hem ilim tahsil etmişler hem de buralardaki medreselerde görev almışlardır.

Anadolu Selçuklularının zayıflaması ve Anadolu'ya Moğolların egemen olmasının ardından bu toprakları ele geçirmek amacıyla İlhanlılar ve Memlükler harekete geçmiştir. Anadolu'da siyasi bir birlik olmadığı halde Anadolu'nun güneyinde, Suriye ve Mısır'a hâkim olan Memlükler Devleti (1250-1517), siyasi istikrarı sağlamış ve Anadolu'daki bazı beyliklerle güçlü ticarî ilişkiler geliştirmiştir.⁴⁵

1.2.2. İsmi, Doğumu ve Nesebi

İbn Melek'in asıl ismi, İzzeddin Abdülatif b. Abdülaziz b. Melek Firişte'dir.⁴⁶

Farsça melek anlamına gelen firişte kelimesi, melek demektir. İbn Melek veya Firişteoğlu olarak meşhur olmuştur. İbn Melek, "Melek'in oğlu" manasına gelmektedir. Temiz ahlakı, saflığı, erdemi ve melek tabiatı ile bu unvanı aldığı kaydedilmektedir.⁴⁷

İlmiyeye mensup bir aileden geldiği ve babasından ders aldığı bilinen⁴⁸ İbn Melek, Tire'de yaşamıştır. Doğum tarihi hakkında çeşitli rivayetler olmasına rağmen kesin bir bilgi yoktur.⁴⁹

⁴⁵ F. Akkuş Yiğit, "Ramazanoğulları Beyliği'nin Kuruluşu", *Gazi Akademik Bakış*, 7/13 (2013): 210-216; Ayşegül Kılıç, "Karamanoğulları'nın Tarsus'ta Tutunma Mücadelesi ve Bölgedeki Anadolu Beylikleri ile Olan İlişkileri", *Trakya Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 18/1, (2016): 318-320.

⁴⁶ Taşköprizâde Ahmed Efendi, *eş-Şekâ'iku'n-nu'mâniyye fi ulemâi'd-devleti'l-Osmâniyye*, nşr. Ahmed Suphi Furat (İstanbul: 1985), 45; Leknevi, *el-Fevâidü'l-behiyye*, 107; Bursalı Mehmet Tahir, *Osmanlı Müellifleri*, haz. M. A. Yekta Saraç, (Ankara: TÜBA, 2016), 1: 230; Mustafa Baktır, "İbn Melek", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 1999), 20: 175.

⁴⁷ Bağdatlı İsmail Paşa, *Hediyyetü'l-ârifin*, 1: 617; Mustafa Baktır, "Tireli İbni Melek Hayatı Eserleri ve Menar Şerhi", *Atatürk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 9 (1990), 48.

⁴⁸ İzzeddin Abdülatif b. Abdülaziz b. Melek, *Mebâriku'l-ezhâr fi şerhi Meşâriku'l-envâr*, nşr. Ebu Eşref b. Abdilmaksud b. Abdirrahman, 1. Baskı (Beyrut: Dâru'l-Cil, 1995), 1: 25.

⁴⁹ Baktır, "İbn Melek", 20: 175.

İbn Battûta'nın 732'de (1332) Anadolu'ya yaptığı seyahat sırasında Birgi'de karşılaştığı Kadı İzzeddin Firişte'nin dindar ve fazilet sahibi olduğu için "Firişte" lakabıyla tanındığına dair verdiği mâlumattan⁵⁰ İbn Melek'in bu lakabı babasına nisbetle aldığı anlaşılmaktadır. Nitekim bazı eserlerinde babasının adı Abdülaziz, bazılarında ise Firişte olarak geçmektedir.

Tireliler İbn Melek'i o kadar sevmişlerdir ki, onun hakkında efsane niteliğinde olaylar anlatmışlardır. Bunlardan birisi şöyledir:

"Abdullatif Efendi'nin babası Hicaz'a giderken eşi hâmile imiş, evlâdını Allah'a emanet edip gitmiş, dönüşünde eşinin hâmile olarak bir gün önce öldüğünü öğrenince son derece müteessir olmuş: 'Ben, onu Allah'a ismarlayarak gitmiştim. Hüda onu esirgemiştir' diyerek karısının kabrini açtırmış, kabirde Abdullatif Efendi'yi serçe parmağını emer bir vaziyette görmüşler! Ondan ötürü Melekler kendisini koruduklarına kanaat getirerek Melekoğlu anlamına gelen 'İbn Melek' lakabını vermişler".⁵¹

1.2.3. Hocaları

İbn Melek'in hocaları hakkında kaynaklarda yeterli bilgi bulunmamaktadır. Ulaşabildiğimiz kadarıyla ancak iki hocasını tespit edebildik:

1. *Mebâriku'l-ezhâr fî şerhi Meşâriki'l-envâr*'de⁵² babasından 'babam ve hocam' diye bahsetmesinden babasının hocalarından birisi olduğu anlaşılmaktadır.

2. *Şerhu Mecmai'l-bahreyn*'de⁵³ Sultan Murad Hudâvendigâr devrinin meşhur âlimlerinden Alâeddin Ali Esved'den (ö. 800/1397) hocam diye bahsetmektedir. Esved, İznik medresesinde müderrislik yapmıştır.

⁵⁰ Ebû Abdillâh Şemsüddîn (Bedrüddîn) Muhammed b. Abdillâh b. Muhammed b. İbrâhîm el-Levâtî et-Tancî, *Tuhfetü'n-nüzzâr fî garâibi'l-emsâr ve acâibi'l-esfâr*, nşr. Ali el-Müntasır, (Beyrut: 1975), 1: 328.

⁵¹ Cemal Muhtar, *İki Kur'an Sözlüğü Luğat-ı Ferišteoğlu ve Luğat-ı Kânûn-ı İlahî*, (İstanbul: İFAV, 1993), 17; Faik Tokloğlu, *Büyük Mütefekkir ve Mutasavvıf Abdullatif ibni Melek*, (İzmir: Berrin Matbaası, 1955), 7-8.

⁵² İbn Melek, *Mebâriku'l-ezhâr*, 1: 25.

⁵³ İbn Melek, *Şerhu Mecmai'l-bahreyn*, Süleymaniye Ktp., Hafız Ahmed, nr. 36, vr. 129b; Ahmet Özel, "Alâeddin Ali Esved", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 1989), 2: 319.

1.2.4. Öğrencileri

İbn Melek, Tire’de uzun süre müderrislik yapmıştır. Kaynaklardan tespit edebildiğimiz öğrencileri şunlardır:

1. Cafer b. İzzeddin Abdullatif b. Melek. İbn Melek’in oğludur.

2. Muhammed b. İzzeddin Abdullatif b. Melek (ö. 854/1450). İbn Melek’in oğludur.⁵⁴

3. İbn Melek’in hocalığını yaptığı medreseyi yaptıran Germiyanogulları ordusunda subaşı olan Mübârizeddin Gazi Mehmed Bey (ö. 733/1334)’in oğulları İsa Çelebi, Selim Çelebi ve Hızırşah da öğrencileri arasındadır.⁵⁵

4. Ebû Abdullah Muhyiddin Muhammed b. Süleyman b. Said b. Mes’ud el-Kâfiyeci er-Rûmî (ö. 879/1274). İbnü’l-Hâcib’in *el-Kâfiye* adlı eserini çok okuttuğu için “Kâfiyeci” lakabıyla tanınmıştır. Bu eser, ez-Zemahşerî (ö. 538/1144)’nin *el-Mufassal fi sinâ’ati’l-i’râb*’ının muhtasarıdır.⁵⁶

1.2.5. Eserleri

İbn Melek fıkıh, usûl-i fıkıh ve hadis alanlarında eserler kaleme almıştır. İbn Melek’in teliften daha ziyade şerhçiliği öne çıkmaktadır. Bunlardan *Menâri’l-envâr* ve *Meşâriku’l-envâr* şerhleri, Osmanlı medreselerinde ders kitabı olarak okutulan eserlerdir.⁵⁷

1. Şerhu Menâri’l-envâr. Ebü’l-Berekât en-Nesefî’nin (ö. 710/1310) fıkıh usulüne dair muhtasar eserinin şerhidir. Kitapta Hanefîler’in yanında Şâfiî ve Mâlikî usulcülerinin görüşlerine de yer verilmiş, zaman zaman Nesefî de tenkit edilmiştir. Şerh üzerine Şerefeddin Yahyâ b. Karaca er-Ruhâvî (ö.942/1535’den sonra), Azmîzâde Mustafa Hâletî (ö.1040/1630) ve Radyyyüddin İbnü’l-Hanbelî (ö.971/1563) birer hâşiye yazmıştır.⁵⁸

⁵⁴ Baktır, “Tireli İbni Melek”, 55.

⁵⁵ Baktır, “Tireli İbni Melek”, 49; Baktır, “İbn Melek”, 20: 175; Recep Cici, *Osmanlı Dönemi İslam Hukuku Çalışmaları (Kuruluştan Fatih Devri Sonuna Kadar)*, (Bursa: Arasta Yayınları, 2001), 68.

⁵⁶ Hasan Gökbulut, “Kâfiyeci”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2001), 24;154; Özel, *Hanefî Fıkıh Âlimleri*, 197-198; Muhyiddin Ebû Abdillâh Muhammed b. Süleyman el-Kâfiyeci el-Hanefî, *Kitâbü’t-Tefsîr fi kavâidi ‘ilmi’t-tefsîr*, nşr. İsmail Cerrahoğlu, 2. Baskı (Ankara: Ankara Üniversitesi Basımevi, 1989), 8.

⁵⁷ Baktır, “İbn Melek”, 20: 175.

⁵⁸ Kâtib Çelebi, *Keşfü’z-zünûn*, 2: 1825; Mustafa Baktır, “İbn Melek”, 20: 175.

2. *Mebâriku'l-ezhâr fî şerhi Meşâriki'l-envâr*. Ebü'l-Fezâil Radıyyüddîn (Radî) Hasan b. Muhammed b. Hasan es-Sâgânî (ö. 650/1252)'nin *Meşâriku'l-envâri 'n-nebeviyye* adlı eserinin şerhidir. Buhârî ile Müslim'deki hadislerin senedleri ve tekrarları çıkarılmak suretiyle derlenen eser 2250 kadar hadis ihtiva etmektedir. Hadis izahlarının özlü şekilde yapıldığı ve fikhî hükümlerin açıklanmasına daha çok ağırlık verildiği bu şerh birçok defa basılmıştır.⁵⁹

Şerh üzerinde Bergamalı İbrâhim'in *Envârü 'l-bevârik fî tertîbi Şerhi 'l-Meşârik* adıyla bir tertip çalışması vardır.⁶⁰

3. *Şerhu Mecmai'l-bahreyn*. Hanefî fakihlerinden Muzafferüddin İbnü's-Sââtî'nin fıkha dair eserinin şerhidir. Sonraki fikh kitaplarında çokça atıfta bulunulan eserin birçok yazma nüshası mevcuttur. İbn Kutluboğa bu şerh üzerine bir hâşiye yazmıştır.⁶¹ Eserin yazma nüshalarının sayısına ve yaygınlığına bakıldığında, yazıldığı günden itibaren yoğun ilgi gördüğü anlaşılmaktadır.

4. *Firişteoğlu Lugatı*. En eski Arapça-Türkçe sözlüklerden biri olup *Lugat-ı Firişteoğlu*, *Lugat-ı Firiştezâde* ve *Lugat-ı İbn Firişte* gibi adlarla da anılır. Müellifin, torunu Abdurrahman için manzum olarak kaleme aldığı eser, yirmi iki kıtadan meydana gelmekte ve büyük bir kısmında Kur'ân-ı Kerîm'de geçen 1528 Arapça kelimenin Türkçe karşılığı verilmektedir. *Subha-i Sıbyân* ve *Tuhfe-i Vehbî* gibi Arapça-Türkçe sözlüklere öncülük eden eser bazı âlimler tarafından şerhedilmiş veya alfabetik şekilde düzenlenmiştir.⁶² Birçok yazma nüshası bulunan, ayrıca çeşitli baskıları yapılan Firişteoğlu Lugatı, Cemal Muhtar tarafından Firişteoğlu Abdülmecid'in *Lugat-ı Kânûn-ı İlâhî*'si ile birlikte Latin harflerine çevrilerek neşredilmiştir.

5. *Şerhu'l-Vikâye*. Tâcüşşerîa'nın Hanefî mezhebinde "mütûn-i erbaa" diye anılan dört metinden biri olan eserinin en muteber şerhlerindedir. İbn Melek'in hayatının sonlarına doğru yazdığı eser onun ölümü üzerine kaybolunca oğlu Muhammed babasının müsveddelerinden faydalanıp bazı ilâvelerde bulunmak

⁵⁹ Kâtib Çelebi, *Keşfü'z-zünûn*, 2: 1689; Baktır, Mustafa, "İbn Melek", 20: 175; İstanbul 1287, 1303, 1306, 1309, 1311, 1314, 1315, 1328, 1329; nşr. Eşref b. Abdülmaksûd, I-III, Beyrut 1415/1995.

⁶⁰ Kâtib Çelebi, *Keşfü'z-zünûn*, 2: 1689; Baktır, Mustafa, "İbn Melek", 20: 175.

⁶¹ Kâtib Çelebi, *Keşfü'z-zünûn*, 2: 1601; Baktır, Mustafa, "İbn Melek", 20: 175; Beyazıt Devlet Ktp., Bayezid, nr. 2492; Millet Ktp., Feyzullah Efendi, nr. 707-708; Süleymaniye Ktp., Şehid Ali Paşa, nr. 750; Râgıb Paşa Ktp., nr. 478.

⁶² Muhtar, *İki Kur'ân Sözlüğü*, 24-26.

suretiyle eseri yeniden kaleme almıştır.⁶³ Bu eserin çeşitli yazma nüshaları günümüze ulaşmıştır. Kitap yazma halindedir, basılmamıştır.⁶⁴

6. Şerhu Tuhfeti'l-mülûk. Zeynüddin Muhammed b. Ebû Bekir er-Râzî'nin (v. 666/1268'den sonra) ibadetlere dair muhtasar eserinin şerhidir. Eser, Ali Esad Ribâhî tarafından tahkik edilerek Beyrut'ta İbn Hazm yayınevi tarafından 2011 yılında neşredilmiştir.

Kitap, Kitabu't-tahâret, Kitabu's-Salât, Kitabu'z-Zekât, Kitabu's-Savm, Kitabu'l-Hac, Kitabu'l-Cihâd, Kitabu's-Sayd ve'z-Zebâih, Kitabu'l-Kerâhiye, Kitabu'l-Ferâiz, ve Kitabu'l-Kesb mea'l-Edeb gibi bölümlerden oluşmuştur.

7. Bedrü'l-vâizîn ve zuhrü'l-âbidîn. Yirmi bölümden meydana gelen bir eser olup iman, kelime-i tevhid ve ibadetlerle ilgili konuları ihtiva etmektedir. Kâtib Çelebi'nin İbn Melek'e nisbet ettiği eserin⁶⁵ müellif adı kaydedilmeyen çeşitli nüshaları bulunmaktadır.⁶⁶ Kitap yazma halindedir, basılmamıştır.

İbn Melek'in oğlu Muhammed'in de üç aylar, bayramlar, âşûrâ ve cuma gününün faziletine dair *Zuhrü'l-âbidîn* adlı bir eseri vardır.⁶⁷

1.2.6. Vefatı

İbn Melek'in vefat tarihi ihtilâflıdır. Brockelmann eserinde iki ayrı tarih vermiştir, bir yerde 800/1397, başka yerde ise 850/1447 olarak zikretmektedir.⁶⁸ Muhtemel vefat tarihine dair elimizde çeşitli deliller vardır. Bunlar şöyle sıralanabilir:

1. İbn Melek, Zeylaî'nin (ö. 743/1343) *Tebyînü'l-hakâik*'inden *Şerhu Mecmai'l-bahreyn*'de nakillerde bulunuyor. Buna göre hicri 743 yılından sonra vefat etmiş olması muhtemeldir.

2. Yine İbn Melek, Bâbertî'nin (ö. 786/1384) *Tuhfetu'l-ibrâr fi şerhi Meşâriki'l-envâr* üzerine itirazları vardır. Bu itirazları H. Murat Kumbasar, "*Bâbertî ile İbn Melek Arasındaki Fikhî Tartışmalar Tuhfe -Mebarik Özelinde*" isimli

⁶³ Kâtib Çelebi, *Keşfü'z-zünûn*, 2: 2021.

⁶⁴ Baktır, "İbn Melek", 20: 176; (Süleymaniye Ktp., Murad Buhârî, nr. 118; Hasan Hüsnü Paşa, nr. 371; Serez, nr. 687; Fâtih, nr. 1892, 1893) ve İbn Melek'e ait eski şeklin (Süleymaniye Ktp., Turhan Vâlîde Sultan, nr. 139; İsmihan Sultan, nr. 151; Şehid Ali Paşa, nr. 866)

⁶⁵ Kâtib Çelebi, *Keşfü'z-zünûn*, 1: 231.

⁶⁶ Süleymaniye Ktp., Bağdatlı Vehbi Efendi, nr. 2072; Yazma Bağışlar, nr. 474; Reşid Efendi, nr. 577; Tekelioğlu, nr. 443; İbrâhim Efendi, nr. 136.

⁶⁷ Süleymaniye Ktp., Reşid Efendi, nr. 537.

⁶⁸ Carl Brockelmann, *Tarihu'l-Edebi'l-Arabî*, (Kahire: Dâru'l-Maârif, 1997), 6: 214, 359.

çalışmasında İbn Melek'in 70 civarında hadiste Bâberti'ye itirazlarından bahsetmektedir.⁶⁹ Buna göre de İbn Melek'in 786 yılından sonra öldüğü anlaşılmaktadır.

3. Tire'de Necip Paşa Kütüphanesi'ndeki (nr. 200) müellif hatlı *Şerhu Menâri'l-envâr* 821/1418 yılında yazıldığına göre İbn Melek bu tarihten sonra vefat etmiş olmalıdır.

4. İbn Melek'in müellif nüshasından istinsah edilmiş olan Tokat İl Halk kütüphanesindeki nüsha (138 demirbaş no'da kayıtlı) 830 senesinde istinsah edilmiştir. Bu nüshada müstensih "Allah uzun ömürler versin" diye dua etmektedir. Samsun Gazi Kütüphanesi 1032 numarada kayıtlı yazmasının sonunda ise Hicri 836 yılında istinsah edildiği ifade edilmekte ve İbn Melek hakkında "Allah kabrini cennet etsin" diye dua edilmektedir.

Bu bilgilere dayanarak İbn Melek'in hicri 830 ile 836 tarihleri arasında vefat ettiği anlaşılmaktadır.

⁶⁹ H. Murat Kumbasar, Bâberti ile İbn Melek Arasındaki Fıkhî Tartışmalar Tuhfe -Mebârık Özelinde, (Ankara: Araştırma Yayınları, 2016).

İKİNCİ BÖLÜM

MECMAU'L-BAHREYN VE İBN MELEK ŞERHİ

Bu bölümde *Mecmau'l-Bahreyn* ve İbn Melek'in onun üzerine yazdığı şerhi üzerinde durulacaktır.

2.1. MECMAU'L-BAHREYN

2.1.1. Muhtevası

Mecmau'l-bahreyn, İbnü's-Sââtî'nin Kudûrî'nin *el-Muhtasar*'ı ile Ebû Hafs en-Nesefî'nin *el-Manzûmetü'n-Nesefiyye* adlı eserini bir araya getirdiği; bunlara bazı ilâvelerde bulunduğu, sahih ve fetva için tercih edilen görüşlere işaret ettiği bir eserdir.⁷⁰ Fıkıhın bütün konularını kapsamaktadır. *Mecmau'l-bahreyn*'in, Hanefî mezhebindeki muhtasarlara kıyasla mukayeseli bir fıkıh kitabı olarak değerlendirilmesi daha uygun olabilir. Çünkü muhtasar metinler sadece Hanefî mezhebindeki müftâ bih görüşleri verirken *Mecmau'l-bahreyn* Hanefî mezhebi imamlarının yanında Şafî ve Malikî mezhebinin görüşlerine de yer vermiştir. *Mecmau'l-bahreyn*'in de aralarında bulunduğu bu metinlerin ortak bir diğer özelliği de, hükümlerin delillerine yer vermiyor oluşlarıdır.

Hanefî mezhebinin en seçkin dört fıkıh kitabı olan *mütûn-i erbaa*, Ebu'l-Hüseyn el-Kudûrî'nin (428/1037) *Muhtasaru'l-Kudûrî*, Mahmud b. Ahmed b. Ubeydullah'ın (673/1274) *Vikâyetü'r-rivaye fi mesâili'l-Hidaye*, Abdullah b. Mahmud el-Mevsilî'nin (683/1284) *el-Muhtâr li'l-fetvâ* ve Ebu'l-Berakât en-Nesefî'nin (710/1310) *Kenzu'd-dakâik* isimli eserleridir.

Mecmau'l-bahreyn ile *mütûn-i erbaa* içinde yer alan diğer kitapların muhtevası hakkında fikir sahibi olabilmek için bu dört kitabın konularını bir tablo halinde karşılaştırmak uygun olacaktır.

⁷⁰ Özel, “İbnü's-Sââtî”, 21: 190.

	<i>Mecmau'l-bahreyn</i>	<i>el-Vikâye</i>	<i>el-Muhtar</i>	<i>Kenzü'd-dekâik</i>
	Mukaddime	Mukaddime	Mukaddime	Mukaddime
	Kitâbu't-tahâre	Kitâbu't-tahâre	Kitâbu't-tahâre	Kitâbu't-tahâre
	Kitâbu's-salât	Kitâbu's-salât	Kitâbu's-salât	Kitâbu's-salât
	Kitâbu'z-zekât	Kitâbu'z-zekât	Kitâbu'z-zekât	Kitâbu'z-zekât
	Kitâbu's-savm	Kitâbu's-savm	Kitâbu's-savm	Kitâbu's-savm
	Kitâbu'l-hac	Kitâbu'l-hac	Kitâbu'l-hac	Kitâbu'l-hac
	Kitâbu'l-buyû	Kitâbu'n-nikâh	Kitâbu'l-buyû	Kitâbu'n-nikâh
	Kitâbu'r-rehn	Kitâbu'r-radâ	Kitâbu'ş-şuf'a	Kitâbu'r-radâ
	Kitâbu'l-hacr	Kitâbu't-talâk	Kitâbu'l-icâre	Kitâbu't-talâk
	Kitâbu'l-me'zûn	Kitâbu'l-atâk	Kitâbu'r-rehn	Kitâbu'l-i'tâk
	Kitâbu'l-ikrâr	Kitâbu'l-eymân	Kitâbu'l-kismet	Kitâbu'l-eymân
	Kitâbu'l-icâre	Kitâbu'l-hudûd	Kitâbu edebi'l-kâdî	Kitâbu'l-hudûd
	Kitâbu'ş-şuf'a	Kitâbu's-serika	Kitâbu'l-hacr	Kitâbu's-serika
	Kitâbu'ş-şerike	Kitâbu'l-cihâd	Kitâbu'l-me'zûn	Kitâbu's-siyer
	Kitâbu'l-mudârebe	Kitâbu'l-lakît	Kitâbu'l-ikrâr	Kitâbu'l-lakît
	Kitâbu'l-vekâlet	Kitâbu'l-lukata	Kitâbu'd-da'vâ	Kitâbu'l-lukata
	Kitâbu'l-kefâlet	Kitâbu'l-âbık	Kitâbu'l-ikrâr	Kitâbu'l-âbık
	Kitâbu'l-havâle	Kitâbu'l-mefkûd	Kitâbu'ş-şehâdât	Kitâbu'l-mefkûd
	Kitâbu's-sulh	Kitâbu'ş-şerike	Kitâbu'l-vekâlet	Kitâbu's-şerike
	Kitâbu'l-hibe	Kitâbu'l-vakıf	Kitâbu'l-kefâlet	Kitâbu'l-vakıf
	Kitâbu'l-vakf	Kitâbu'l-bey'	Kitâbu'l-havâle	Kitâbu'l-buyû
	Kitâbu'l-gasb	Kitâbu's-sarf	Kitâbu's-sulh	Kitâbu's-sarf
	Kitâbu'l-vedîa	Kitâbu'l-kefâlet	Kitâbu'ş-şerike	Kitâbu'l-kefâlet
	Kitâbu'l-âriye	Kitâbu'l-havâle	Kitâbu'l-mudârebe	Kitâbu'l-havâle
	Kitâbu'l-lakît	Kitâbu'l-kadâ	Kitâbu'l-vedîa	Kitâbu'l-kadâ
	Kitâbu'l-lukata	Kitâbu'ş-şehâdât	Kitâbu'l-lakît	Kitâbu'ş-şehâdât
	Kitâbu'l-hünsâ	Kitâbu'l-vekâlet	Kitâbu'l-lukata	Kitâbu'l-vekâlet
	Kitâbu'l-mefkûd	Kitâbu'd-da'vâ	Kitâbu'l-âbık	Kitâbu'd-da'vâ
	Kitâbu'l-ibâk	Kitâbu'l-ikrâr	Kitâbu'l-mefkûd	Kitâbu'l-ikrâr

	Kitâbu ihyâi'l-mevât	Kitâbu's-sulh	Kitâbu'l-hünsâ	Kitâbu's-sulh
	Kitâbu'l-müzâraa	Kitâbu'l-mudârebe	Kitâbu'l-vakf	Kitâbu'l-mudârebe
	Kitâbu'l-müsâkât	Kitâbu'l-vedîa	Kitâbu'l-hibe	Kitâbu'l-vedîa
	Kitâbu'n-nikâh	Kitâbu'l-âriyye	Kitâbu'l-âriye	Kitâbu'l-âriye
	Kitâbu'r-radâ	Kitâbu'l-hibe	Kitâbu'l-gasb	Kitâbu'l-hibe
	Kitâbu't-talâk	Kitâbu'l-icârât	Kitâbu ihyâi'l-mevât	Kitâbu'l-icâre
	Kitâbu'l-ıtk	Kitâbu'l-mükâbe	Kitâbu'ş-şirb	Kitâbu'l-mükâteb
	Kitâbu'l-cinâyât	Kitâbu'l-velâ	Kitâbu'l-müzâraa	Kitâbu'l-velâ
	Kitâbu't-diyât	Kitâbu'l-ıkrâh	Kitâbu'l-müsâkât	Kitâbu'l-ıkrâh
	Kitâbu'l-hudûd	Kitâbu'l-hacr	Kitâbu'n-nikâh	Kitâbu'l-hacr
	Kitâbu's-sayd ve'z-zebâih	Kitâbu'l-me'zûn	Kitâbu'r-radâ	Kitâbu'l-me'zûn
	Kitâbu'l-udhiye	Kitâbu'l-gasb	Kitâbu't-talâk	Kitâbu'l-gasb
	Kitâbu'l-eymân	Kitâbu'ş-şuf'a	Kitâbu'l-ıtk	Kitâbu'ş-şuf'a
	Kitâbu edebi'l-kâdî	Kitâbu'l-kısmet	Kitâbu'l-mukâteb	Kitâbu'l-kısmet
	Kitâbu'd-da'vâ	Kitâbu'l-müzâraa	Kitâbu'l-velâ	Kitâbu'l-müzâraa
	Kitâbu'ş-şehâdât	Kitâbu'l-müsâkât	Kitâbu'l-eymân	Kitâbu'l-müsâkât
	Kitâbu'r-rucû an'ş-şehâdât	Kitâbu'z-zebâih	Kitâbu'l-hudûd	Kitâbu'z-zebâih
	Kitâbu'l-kısmet	Kitâbu'l-udhiye	Kitâbu'l-eşribe	Kitâbu'l-udhiye
	Kitâbu'l-ıkrâh	Kitâbu'l-kerâhiyye	Kitâbu's-serika	Kitâbu'l-kerâhiyye
	Kitâbu's-siyer	Kitâbu ihyâi'l-mevât	Kitâbu's-siyer	Kitâbu ihyâi'l-Mevât
	Kitâbu'l-hazr ve'l-ibâha	Kitâbu'l-eşribe	Kitâbu'l-kerâhiyye	Kitâbu'l-eşribe
	Kitâbu'l-Vesâyâ	Kitâbu's-sayd	Kitâbu's-sayd	Kitâbu's-sayd
	Kitâbu'l-Ferâiz	Kitâbu'r-rehn	Kitâbu'z-zebâih	Kitâbu'r-rehn
		Kitâbu'l-cinâyât	Kitâbu'l-udhiye	Kitâbu'l-cinâyât
		Kitâbu't-diyât	Kitâbu'l-cinâyât	Kitâbu't-diyât
		Kitâbu'l-maâkıl	Kitâbu't-diyât	Kitâbu'l-maâkıl
		Kitâbu'l-vesâyâ	Kitâbu'l-vesâyâ	Kitâbu'l-vesâyâ
		Kitâbu'l-hünsâ	Kitâbu'l-ferâiz	Kitâbu'l-hünsâ
				Kitâbu'l-Ferâiz

Hanefî mezhebinde metinler Kitabu't-taharet ile başlar, Kitabu'l-feraiz ile biter. Şemada da görüldüğü üzere mütûn-i erbaa'nın muhtevası hemen hemen aynıdır. Bazı konularda takdim ve tehir vardır. Yalnızca *el-Vikâye*'de Kitabu'l-feraiz yoktur. Diğer konuların hepsi vardır.

Bunun üç sebebinin olma ihtimali vardır:

1. *Vikâyetü'r-rivâye fî mesâ'ili'l-Hidâye*, Ebü'l-Hasan el-Mergînânî (ö. 593/1197)'nin Hanefî mezhebinde en çok rağbet gören ders kitaplarından olan el-Hidâye'deki meselelerden derlenmiştir. *el-Hidâye* ise *Bidâyetü'l-mübtedî*'nin şerhidir. el-Mergînânî bu eserinde Muhammed b. Hasan eş-Şeybânî'nin *el-Câmi 'u's-sağîr*'i ile Kudûrî'nin *el-Muhtasar*'ındaki meseleleri bir araya getirmiştir. *el-Câmi 'u's-sağîr*'de kitâbu'l-ferâiz konusu olmadığı için bu konuyu almamış olabilir.

2. el-Mergînânî, Ferâiz ilminde *Kitâb fî'l-ferâiz* adında müstakil bir kitap yazdığı için *Bidâyetü'l-mübtedî* ve *el-Hidâye*'de bu konuya değinmemiştir. Bu kitabın Süleymaniye Ktp., Reşid Efendi, nr. 380, vr. 89b-90a; Kayseri Râşid Efendi Ktp., Râşid Efendi, nr. 26170 yazmaları vardır.

3. Ferâiz ilmîni müstakil bir ilim dalı olarak düşünmüş olabilir. Bundan dolayı birçok âlim ferâiz ilmine dair müstakil eserler yazmıştır.

2.1.2. Önemi

Mecmau'l-bahreyn ve mülteka'n-neyyireyn Hanefî mezhebinde “mütûn-i erbaa”dan biri olarak zikredilmektedir. İbn Kemal'e göre Kenz, Muhtar, Vikaye ve Mecma müellifleri, Hanefî tabakatı içinde ashab-ı temyizdendirler.⁷¹

İbnü's-Sââtî, Kudûrî'nin *el-Muhtasar*'ı ile Ebû Hafs en-Neseî'nin *el-Manzûmetü'n-Neseîyye* adlı eserini bir araya getirip ve bazı ilâvelerde bulunarak, sahih ve fetva için tercih edilen görüşlere işaret ederek diğer metinlere göre farklı bir metotla yazmıştır.

⁷¹ Muhammed Seyyid Bey, *Fıkıh Usulü -Giriş-*, Haz. Hasan Karayiğit, 1. Baskı (İstanbul: Düşün Yayıncılık, 2010), 237.

Mütûn-i erbaa içinde bulunan diğer metinler, Hanefî mezhebinde müftâ bih görüşleri verirken *Mecmau'l-bahreyn* mezhep imamlarının görüşlerinin yanında Şafîî ve Mâlikî mezhebinin görüşlerini de zikretmiştir.

2.1.3. Konuların İşleniş Tarzı ve Sistematiği

Hanefî fıkıh literatüründe dört temel metne baktığımız zaman, her müellifin kitabının başında nasıl bir yol izlediğini zikrettiği görülmektedir. *Mecmau'l-bahreyn* görebildiğimiz kadarıyla kendinden önceki eserlerde kullanılmayan özgün bir özelliğe sahiptir. Daha önceki metinler genelde ihtilafları ya açıkça zikretmiş ya da rumuz harfleri kullanarak müctehidlerin görüşlerini vermiştir. Bu eser ise tamamen özgün bir şekilde ihtilafları rumuz kullanmadan cümle yapısıyla belirtmiştir. Bu yöntemin tercih edilmesinde ilk akla gelen ihtimal, başka eserlerde gördüğümüz rumuz harflerinin istinsah aşamasında düşmesi sorununu çözmek için müellifin harflerin yerine cümle yapılarını kullanmış olmasıdır. Çünkü ihtilaflar cümle yapısıyla ifade edilince bu risk büyük ölçüde azalmaktadır.

Ayrıca eserde dikkat çeken bir başka unsur, ihtilaflarda kullanılan cümle yapılarındaki hiyerarşinin, mezhep içi hiyerarşiye uygun olmasıdır. Buna göre belagat açısından en tekitli-güçlü manayı ifade eden haber cümlesi Ebu Hanife için, daha az kuvvetli olan muzari cümle Ebû Yûsuf için ve son olarak mazi siga İmam Muhammed için kullanılmıştır. Bu durum mezhep içi hiyerarşiyi yansıtan ve geleneksel olarak Ebu Hanife'nin mezhepteki üstün konumuna vurgu yapan bir yansımadır. Nitekim diğer metin sahipleri de Ebu Hanife'nin kavillerini merkeze almış, hatta el-Muhtâr sahibi Mevsîlî gibi bazı fakihler kitaplarını -bazı istisnalar dışında- tamamen Ebu Hanife'nin kavlerinden meydana getirmiştir.

Dikkat çeken başka bir yön de mezhepler arası ihtilaflı görüşleri naklederken Maliki görüşlerin de yeri geldikçe zikredilmesidir. Söz gelimi *el-Hidaye* gibi mukayeseli fıkıh alanında mezhep içinde bayraklaşmış ve nispeten daha hacimli klasik metinlerde bile sadece Şafîî'nin ihtilaf ettiği hükümler zikredilirken burada Malik'in de görüşlerine yine cümle yapısı üzerinden yer verilmiştir. Bildiğimiz kadarıyla bu denli kısa olduğu halde mukayeselerde Malik'in görüşlerine de yer veren başka bir metin bulunmamaktadır. Yaşadığı coğrafya olan Bağdat bölgesi o dönemde

Malikilerin bulunduğu bir bölge olmadığı halde Maliki görüşlere yer vermesi de ayrıca kayda değer bir konudur.

İbnü's-Sââtî, kitabını ihtilafli olan ve olmayan konular olmak üzere ikiye ayırmış ve sonunda da her âlim ve ziyade ettiği konular için birer rumuz koymuştur. Mukaddimeyi üç bölüme ayırmaktayız.

Birinci olarak âlimlerin ihtilaf ettikleri konuları 10 madde halinde açıklamaktadır.

1. Kaide: Ebû Yûsuf ve İmam Muhammed'in muhalif olduğu konularda Ebû Hanîfe'nin görüşlerini isim cümlesi ile zikreder.⁷²

Cümlede haberin önce gelmesi ⁷³	وللعجوز حُضُورُ الْجَمَاعَةِ
Haberin cümle gelmesi ⁷⁴	الْجَوْرُبُ لَا يُمَسَّحُ عَلَيْهِ إِلَّا مُجَلَّدًا
Müfred gelmesi bu durumu değiştirmez. ⁷⁵	الْوَتْرُ وَاجِبٌ
Cümle hal cümlesi olarak kullanılmışsa o konuda bir ihtilafın olduğuna delalet etmez. ⁷⁶	وَطَهَّرَهَا وَالِدُ الْأَخِيرِ تَقَطُّرُ
Ebû Hanîfe'ye ait bir rivayeti ihtiva eden nispetler de ihtilafın varlığını göstermez. ⁷⁷	الْفَرْضُ آيَةٌ، وَقَالَ: طَوِيلَةٌ، أَوْ ثَلَاثُ آيَاتٍ، وَهُوَ رَوَايَةٌ
Ebû Hanîfe ve öğrencilerinin görüşü biri müspet diğeri menfî şeklinde iki şekilde ise sadece isim cümlesini vermekle yetinir. ⁷⁸	نَجَاسَةُ الْأَرْوَاحِ غَلِيظَةٌ
Öğrencilerinin görüşlerini açıkça izah etmiş olmak için herhangi bir cümle tesniye kipinde biçiminde vermekle yetinir. ⁷⁹	وَنَظَرَ الْوَكِيلِ بِالْقَبْضِ مُسْقِطٌ، وَقَالَ: هُوَ كَالرَّسُولِ.

⁷² Ebû'l-Abbâs Muzafferüddîn Ahmed b. Alî b. Tağlib el-Ba'lebekkî el-Bağdâdî İbnü's-Sââtî, *Mecmau'l-bahreyn ve mülteka'n-neyyireyn*, nşr. İlyas Kaplan, 1. Baskı (Beyrut: Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, 2005), 60-61; İbn Melek, *Şerhu Mecmai'l-bahreyn*, 3a-3b.

⁷³ İbnü's-Sââtî, *Mecmau'l-bahreyn*, 61; İbn Melek, *Şerhu Mecmai'l-bahreyn*, 3b.

⁷⁴ İbnü's-Sââtî, *Mecmau'l-bahreyn*, 61; İbn Melek, *Şerhu Mecmai'l-bahreyn*, 3b.

⁷⁵ İbnü's-Sââtî, *Mecmau'l-bahreyn*, 61; İbn Melek, *Şerhu Mecmai'l-bahreyn*, 3b.

⁷⁶ İbnü's-Sââtî, *Mecmau'l-bahreyn*, 61; İbn Melek, *Şerhu Mecmai'l-bahreyn*, 3b.

⁷⁷ İbnü's-Sââtî, *Mecmau'l-bahreyn*, 61; İbn Melek, *Şerhu Mecmai'l-bahreyn*, 3b.

⁷⁸ İbnü's-Sââtî, *Mecmau'l-bahreyn*, 61; İbn Melek, *Şerhu Mecmai'l-bahreyn*, 3b.

⁷⁹ İbnü's-Sââtî, *Mecmau'l-bahreyn*, 61; İbn Melek, *Şerhu Mecmai'l-bahreyn*, 3b.

	مدة الخيار ثلاثة، والزيادة مفسدة، وقالوا: يجوز إذا كانت معلومة
--	--

2. Kaide: Ebû Hanîfe ve İmam Muhammed'in muhalif olduğu durumlarda Ebû Yûsuf'un görüşlerine faili müstetir muzârî tekil şahıs ile başlayan cümleler ile işaret eder.⁸⁰ وَيُسْقِطُهُ عَمَّا وَرَاءَ الْعِدَارِ

3. Kaide: Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf'un muhalif olduğu durumlarda İmam Muhammed'in görüşlerine faili müstetir mazi tekil şahıs ile başlayan cümleler ile işaret eder.⁸¹ وَمَنْعَهُ بِفُحْشِ الْمُبَاشَرَةِ

Ebû Hanîfe ve öğrencilerinin görüşlerinin biri müspet diğeri menfi şeklinde olması halindeki detay birinci kaidede zikredildiği gibidir.

Muzari ile yetinme örneği: ⁸²	وَيُسْقِطُهُ عَمَّا وَرَاءَ الْعِدَارِ
Muzariden sonra bir görüş zikretme: ⁸³	وَيَقْتَرِضُ التَّعْدِيلَ فِي الْأَرْكَانِ، وَيُوجِبَانُهُ
Mazi ile yetinme örneği: ⁸⁴	وَمَنْعَهُ
Maziden sonra bir görüş zikretme: ⁸⁵	وَنَجَسَ عَيْنَ الْفِيلِ، وَأَلْحَقَاهُ بِالسَّبَاعِ

4. Kaide: Ebû Yûsuf'un, Ebû Hanîfe'ye muhalif olduğu ve konu hakkında İmam Muhammed'den nakledilen bir görüşün olmadığı durumlarda isim cümlesi zikredilerek ardından Ebû Yûsuf'un görüşüne delalet edecek şekilde muzari sığısı getirmiştir.⁸⁶ وَلَوْ خَافَهُ فَأَنْصَرَفَ، فَهُوَ وَاجِبٌ، وَيُخَالِفُهُ

⁸⁰ İbnü's-Sââtî, *Mecmau'l-bahreyn*, 61-62; İbn Melek, *Şerhu Mecmai'l-bahreyn*, 3b.

⁸¹ İbnü's-Sââtî, *Mecmau'l-bahreyn*, 61-62; İbn Melek, *Şerhu Mecmai'l-bahreyn*, 3b.

⁸² İbnü's-Sââtî, *Mecmau'l-bahreyn*, 62; İbn Melek, *Şerhu Mecmai'l-bahreyn*, 3b.

⁸³ İbnü's-Sââtî, *Mecmau'l-bahreyn*, 62; İbn Melek, *Şerhu Mecmai'l-bahreyn*, 3b.

⁸⁴ İbnü's-Sââtî, *Mecmau'l-bahreyn*, 62; İbn Melek, *Şerhu Mecmai'l-bahreyn*, 3b.

⁸⁵ İbnü's-Sââtî, *Mecmau'l-bahreyn*, 62; İbn Melek, *Şerhu Mecmai'l-bahreyn*, 3b.

⁸⁶ İbnü's-Sââtî, *Mecmau'l-bahreyn*, 62; İbn Melek, *Şerhu Mecmai'l-bahreyn*, 3b.

5. Kaide: Ebû Hanîfe'nin, Ebû Yûsuf'a muhalif olduđu bir konuda İmam Muhammed'e ait bir görüş yoksa isim cümlesi ardından muzari fiil cümlesi getirmiştir.⁸⁷ وَالْإِصْأَقُ مُلْعَى، وَشَرْطُهُ

İmam Muhammed'in görüşünü "Lâ" harfiyle olumsuz getirmiştir.⁸⁸

والاعتبارُ بعدم لزومه بزيادة زمانه على ساعات يوم وليلة، لا على أوقات خمس صلوات

6. Kaide: Ebû Yusuf'un, İmam Muhammed'e muhalif olduđu bir konuda Ebu Hanifenin görüşü yoksa isim veya fiil cümlesini tercih etmiştir.⁸⁹

لو نذر ركعتين بغير طهرٍ يلزمه بهما بطهرٍ، وأهدرُهُ

Ya da muzariden sonra İmam Muhammed'in görüşünü nefyederek getirmiştir:⁹⁰

ويجعل الاستعاذة سنة للصلاة لا القراءة

7. Kaide: Üç imamın farklı görüşlerde olduđu bir konuda görüşleri ifade etmek için önce isim cümlesi ardından muzari fiili zikretmiştir:⁹¹

وكذا إخراج العقب، ويعتبر خروج الأغلب، وأجازهُ لبقاء الممكن

İmam Muhammed'in o görüşte olmadığına işaret etmek için nefiy harfi kullanılmıştır:⁹²

شُرْبُ بول مأكولٍ حرامٍ، ويجيزه للتداوي لا مطلقاً

Sırasıyla Ebû Hanîfe, Ebû Yûsuf ve İmam Muhammed'in görüşleri ardı ardına zikredilmiştir.⁹³

وأقلُّ نَفْلِهِ يَوْمٌ، وأكثرُهُ، وساعةٌ

⁸⁷ İbnü's-Sââtî, *Mecmau'l-bahreyn*, 63.

⁸⁸ İbnü's-Sââtî, *Mecmau'l-bahreyn*, 63.

⁸⁹ İbnü's-Sââtî, *Mecmau'l-bahreyn*, 63.

⁹⁰ İbnü's-Sââtî, *Mecmau'l-bahreyn*, 63; İbn Melek, *Şerhu Mecmai'l-bahreyn*, 3b.

⁹¹ İbnü's-Sââtî, *Mecmau'l-bahreyn*, 63-64; İbn Melek, *Şerhu Mecmai'l-bahreyn*, 4a.

⁹² İbnü's-Sââtî, *Mecmau'l-bahreyn*, 64; İbn Melek, *Şerhu Mecmai'l-bahreyn*, 4a.

⁹³ İbnü's-Sââtî, *Mecmau'l-bahreyn*, 64; İbn Melek, *Şerhu Mecmai'l-bahreyn*, 4a.

8. Kaide: Bir konuda İmam Şâfiî'nin muhalif olduğunu ifade etmek için nefsi mütekellim mea sigası ile başlayan yerine göre müspet yerine göre de menfi olarak muzari fiili getirilmiştir.⁹⁴

Olumsuzun örneği: لَمْ نُوجِبِ النَّيَّةَ

Olumlunun örneği: وَنَمَسَحُ الْأُذُنَيْنِ بِمَاءِ الرَّأْسِ

9. Kaide: İmam Züfer'in bir konuda muhalif olduğunu ifade etmek için ceminu ilhak edilmiş fiili mazi getirmiştir.⁹⁵

Olumsuzun örneği: لَا أَجْزَاهُ مَعَ فِسَادِ الشَّرْطِ الْمَجْهُولِ

Olumlunun örneği: وَفَرَضْنَا النَّيَّةَ

10. Kaide: İmam Mâlik'in bir konuda muhalif olduğunu ifade etmek için cemi/çoğul vavı ilhak edilmiş fiili mazi getirmiştir.⁹⁶

وَنَجَسُوا الْقَلِيلَ وَإِنْ لَمْ يَتَغَيَّرَ بِالنَّجَاسَةِ

İkinci bölüm ise ihtilafın olmadığı, âlimlerin ittifak ettikleri kısımdır. Bunu gösteren kalıplar şunlardır:

Farklı görüşün olmadığı meselelerde şart cümlesi kullanılmıştır: ⁹⁷	وَلَوْ غَلَبَهُ إِعْمَاءٌ، أَوْ جُنُونَ، أَوْ زَالَتْ مُسْكَّتُهُ بِنَوْمٍ انْتَقَضَ
Nefy cümlesi kullanılmıştır: ⁹⁸	وَلَا يَلْزَمُ الْقِيَامُ لِلْعَجْزِ عَنِ الرَّكُوعِ
Failli zahir fiil kullanılmıştır: ⁹⁹	وَتَكْتَفِي الْمَرْأَةُ بِتَحْلِيلِ شَعْرِهَا
Failli açık olan lazım fiil kullanılmıştır: ¹⁰⁰	وَيَنْعَقِدُ النِّفْلَ بِالشَّرْعِ لَا الْفَرْضِ

⁹⁴ İbnü's-Sââtî, *Mecmau'l-bahreyn*, 64; İbn Melek, *Şerhu Mecmai'l-bahreyn*, 4a.

⁹⁵ İbnü's-Sââtî, *Mecmau'l-bahreyn*, 64; İbn Melek, *Şerhu Mecmai'l-bahreyn*, 4a.

⁹⁶ İbnü's-Sââtî, *Mecmau'l-bahreyn*, 65; İbn Melek, *Şerhu Mecmai'l-bahreyn*, 4a.

⁹⁷ İbnü's-Sââtî, *Mecmau'l-bahreyn*, 65-66; İbn Melek, *Şerhu Mecmai'l-bahreyn*, 4a.

⁹⁸ İbnü's-Sââtî, *Mecmau'l-bahreyn*, 66; İbn Melek, *Şerhu Mecmai'l-bahreyn*, 4a.

⁹⁹ İbnü's-Sââtî, *Mecmau'l-bahreyn*, 66; İbn Melek, *Şerhu Mecmai'l-bahreyn*, 4a.

¹⁰⁰ İbnü's-Sââtî, *Mecmau'l-bahreyn*, 66; İbn Melek, *Şerhu Mecmai'l-bahreyn*, 4a.

Faili gizli olan fiil kullanılmıştır: ¹⁰¹	ويجوز من طرف غدير
Meçhul fiil kullanılmıştır: ¹⁰²	يُفْتَرَضُ فِي الْوُضُوءِ غَسْلُ الْوَجْهِ

Üçüncü bölüm ise imamlar için kullanılmış rumuzları zikretmiştir:

İmam Adı	Rumuzu
Ebu Hanife ¹⁰³	ح
Ebu Yusuf ¹⁰⁴	س
İmam Muhammed ¹⁰⁵	م
İmam Züfer ¹⁰⁶	ز
İmam Şafii ¹⁰⁷	ع
İmam Malik ¹⁰⁸	ك
Kudûrî ve Manzûme'de olmayan meseleler ¹⁰⁹	د

Cümlelerin tamamı okunmasa bile, ihtilafli görüşler konulan harfler sayesinde anlaşılacaktır. Bu harfler; varlığı faydalı, yokluğu ise zararlı olmayan bir hâşiye mesabesinde. Bu harflerin aşağıdaki faydaları sebebiyle kitapta bulunması anlamlıdır:

¹⁰¹ İbnü's-Sââtî, *Mecmau'l-bahreyn*, 66; İbn Melek, *Şerhu Mecma'i'l-bahreyn*, 4a.

¹⁰² İbnü's-Sââtî, *Mecmau'l-bahreyn*, 66; İbn Melek, *Şerhu Mecma'i'l-bahreyn*, 4b.

¹⁰³ İbnü's-Sââtî, *Mecmau'l-bahreyn*, 67; İbn Melek, *Şerhu Mecma'i'l-bahreyn*, 4b.

¹⁰⁴ İbnü's-Sââtî, *Mecmau'l-bahreyn*, 67; İbn Melek, *Şerhu Mecma'i'l-bahreyn*, 4b.

¹⁰⁵ İbnü's-Sââtî, *Mecmau'l-bahreyn*, 67; İbn Melek, *Şerhu Mecma'i'l-bahreyn*, 4b.

¹⁰⁶ İbnü's-Sââtî, *Mecmau'l-bahreyn*, 67; İbn Melek, *Şerhu Mecma'i'l-bahreyn*, 4b.

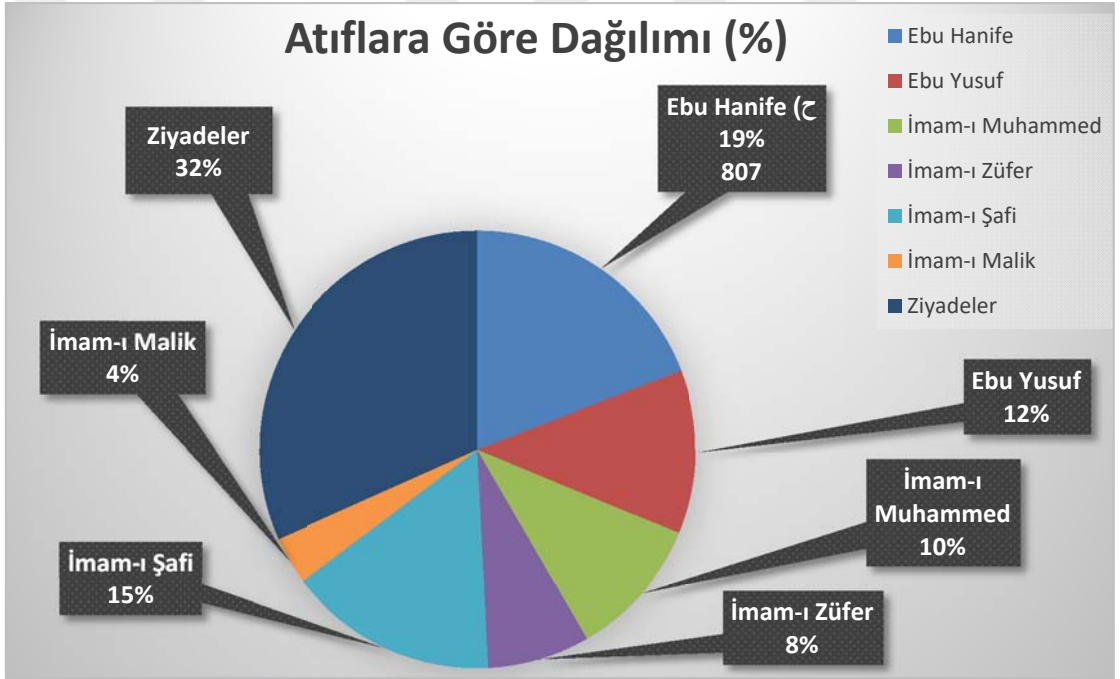
¹⁰⁷ İbnü's-Sââtî, *Mecmau'l-bahreyn*, 67; İbn Melek, *Şerhu Mecma'i'l-bahreyn*, 4b.

¹⁰⁸ İbnü's-Sââtî, *Mecmau'l-bahreyn*, 67; İbn Melek, *Şerhu Mecma'i'l-bahreyn*, 4b.

¹⁰⁹ İbnü's-Sââtî, *Mecmau'l-bahreyn*, 67; İbn Melek, *Şerhu Mecma'i'l-bahreyn*, 4b.

- i. Meselenin ihtilaflı olduğunu daha hızlı bir şekilde anlama,¹¹⁰
- ii. İmamların görüşlerine delâlet eden cümlelerden maksadın kim olduğunu anlamakta zorlanacak müptedilere yardımcı olma,¹¹¹
- iii. Arapça bilmeyen ve bu sebeple cümle çeşitlerinden haberi olmayan kimselere zikredilen görüşün kime ait olduğunu gösterme,¹¹²
- iv. Müstensihlerin olası hatası sebebiyle cümlenin tam olarak temyiz edilememesi durumunda muhtemel karışıklığı önleme,¹¹³
- v. Dal (ذ) harfinde olduğu gibi, Muhtasar ve Manzûme'ye ilave edilen meselelere dikkat çekme¹¹⁴

Bu harflerin kitaptaki sayıları aşağıda verilmiştir:



Eser, imamlara yapılan atıflar açısından değerlendirildiğinde karşımıza şu şekilde bir tablo çıkmaktadır: Ebu Hanife 807, Ebu Yusuf 510, İmam-ı Muhammed 438, İmam-ı Züfer 318, İmam-ı Şafi 653, İmam-ı Malik 153 ve ziyadeler ise 1335 atıf almıştır. Yüzdeler dağılımına göre değerlendirildiğinde Ebu Hanife'ye %19, Ebu Yusuf'a %12, İmam-ı Muhammed'e %10, İmam-ı Züfer'e %8, İmam-ı Şafi'ye %15,

¹¹⁰ İbnü's-Sââtî, *Mecmau'l-bahreyn*, 68; İbn Melek, *Şerhu Mecmai'l-bahreyn*, 4b.

¹¹¹ İbnü's-Sââtî, *Mecmau'l-bahreyn*, 68; İbn Melek, *Şerhu Mecmai'l-bahreyn*, 4b.

¹¹² İbnü's-Sââtî, *Mecmau'l-bahreyn*, 68; İbn Melek, *Şerhu Mecmai'l-bahreyn*, 4b.

¹¹³ İbnü's-Sââtî, *Mecmau'l-bahreyn*, 68; İbn Melek, *Şerhu Mecmai'l-bahreyn*, 4b.

¹¹⁴ İbnü's-Sââtî, *Mecmau'l-bahreyn*, 68; İbn Melek, *Şerhu Mecmai'l-bahreyn*, 4b.

İmam-ı Malik'e %4 oranında atıfta bulunulmuştur. Ziyadeler ise toplam içinde %32'ye tekabül etmektedir.

2.1.4. Üzerine Yapılan Çalışmalar

Mecmau'l-bahreyn'in Türkiye'de ve Türkiye dışındaki kütüphanelerde 150 civarında yazma nüshası bulunmaktadır. Bunların yarıya yakını Süleymaniye Kütüphanesi'ndedir.

Eser üzerine başta bizzat müellifi tarafından olmak üzere birçok şerh ve hâşiye yazılmıştır. Müellife ait şerhin otuz kadar, çok tutulan İbn Melek'e ait şerhin ise 200'ü aşkın nüshası günümüze ulaşmıştır.

a) *İbnü's-Sââtî, Şerhu Mecmai'l-bahreyn*.¹¹⁵ Eser Salih b. Abdullah b. Salih el-Haydân, Halid b. Abdullah b. Muhammed el-Haydân ve Abdullah b. Salih b. Muhammed el-Haydân isimli üç araştırmacı tarafından doktora tezi olarak tahkik edilmiş ve Riyad'da Dâru'l-Efhâm ve Dâru'l-Felah tarafından 2015 yılında 10 cilt halinde yayınlanmıştır.

Bu şerhe Cemâleddin Aksarâyî bir hâşiye yazmıştır (Süleymaniye Ktp., Fâtih, nr. 1472).

b) *Ebü'l-Abbas Şehâbeddin Ahmed b. İbrâhim el-Ayıntâbî, el-Menba fi şerhi'l-Mecma*¹¹⁶

c) *İbn Melek, Şerhu Mecmai'l-bahreyn*¹¹⁷ İbn Kutluboğa bu şerh üzerine bir hâşiye kaleme almıştır.¹¹⁸

¹¹⁵ Kâtib Çelebi, *Keşfü'z-zünûn*, 2: 1600; Özel, "İbnü's-Sââtî, Muzafferüddin", 21:191; Süleymaniye Ktp., Fâtih, nr. 1752-1754, Şehid Ali Paşa, nr. 838, 840, Mahmud Paşa, nr. 191-192; Millet Ktp., Murad Molla, nr. 889; Beyazıt Devlet Ktp., Veliyyüddin Efendi, nr. 1213-1214; Köprülü Ktp., Fâzıl Ahmed Paşa, nr. 587; Dâru'l-kütübi'z-Zâhiriyye, nr. 2623, 4472, 7066, 8281, 9360-9361.

¹¹⁶ Kâtib Çelebi, *Keşfü'z-zünûn*, 2: 1601; Özel, "İbnü's-Sââtî, Muzafferüddin", 21:191; Süleymaniye Ktp., Esad Efendi, nr. 768, Cârullah Efendi, nr. 707-708; Millet Ktp., Murad Molla, nr. 891; Dâru'l-kütübi'l-Mısriyye, el-Fikhü'l-Hanefî, nr. 472, IV ve V. ciltler müellif hattı.

¹¹⁷ Kâtib Çelebi, *Keşfü'z-zünûn*, 2: 1601; Özel, "İbnü's-Sââtî, Muzafferüddin", 21:191; Millet Ktp., Feyzullah Efendi, nr. 809-814, Murad Molla, nr. 885-887; Beyazıt Devlet Ktp., Bayezid, nr. 2006, 2097-2099, 2246-2248, 2334-2335, Veliyyüddin Efendi, nr. 1215-1217; Süleymaniye Ktp., Süleymaniye, nr. 272, 489-492, Fâtih, nr. 1760-1766; Amasya Beyazıt Ktp., nr. 344-347, 350, 353-356, 358; Dâru'l-kütübi'z-Zâhiriyye, nr. 7083 [müellif nüshasından istinsah edilmiş olup üzerinde İbn Âbidîn'e ait notlar vardır], 2650, 3708, 6584, 8280, 9522.

¹¹⁸ Beyazıt Devlet Ktp., Bayezid, nr. 2492; Millet Ktp., Feyzullah Efendi, nr. 707-708; Süleymaniye Ktp., Şehid Ali Paşa, nr. 750; Râgıb Paşa Ktp., nr. 478.

d) İbnü'z-Ziyâ el-Mekkî, el-Meşra fî şerhi'l-Mecma¹¹⁹ (Süleymaniye Ktp., Cârullah Efendi, nr. 705, 1. cilt; ayrıca bk. Brockelmann, GAL, I, 477).

e) Bedreddin el-Aynî, el-Müstecma fî şerhi'l-Mecma¹²⁰ (Millet Ktp., Murad Molla, nr. 888; Beyazıt Devlet Ktp., Veliyyüddin Efendi, nr. 1222; Süleymaniye Ktp., Damad İbrâhim Paşa, nr. 580).

f) Ebü'l-Abbas İbn Şabân et-Trablusî, Teşnîfü'l-mesma ale (fî şerhi)'l-Mecma¹²¹ (Beyazıt Devlet Ktp., Veliyyüddin Efendi, nr. 1218-1219, Bayezid, nr. 2452; Râgıb Paşa Ktp., nr. 525; Nuruosmaniye Ktp., nr. 45; Süleymaniye Ktp., Cârullah Efendi, nr. 702).

g) Ebü'l-Mevâhib Ahmed b. Ebü'r-Rûh İsâ b. Halef er-Reşîdî, Kurretü'l-ayn fî halli elfâzi Mecmai'l-bahreyn¹²² (Süleymaniye Ktp., Sultan I. Ahmed, nr. 92). Eser üzerine yazılmış bir talikattır.

h) Şemseddin Konevî, Mecmau'l-bahreyn'e Ahmed b. Hanbel'in görüşlerini ilâve etmek suretiyle *Düererü'l-bihâr* adlı bir eser kaleme almıştır (Süleymaniye Ktp., Reşid Efendi, nr. 196, Cârullah Efendi, nr. 640, Reîsülküttâb Mustafa Efendi, nr. 330, Ayasofya, nr. 2244; Nuruosmaniye Ktp., nr. 1523; TSMK, III. Ahmed, nr. 1035; Amasya Beyazıt Ktp., nr. 1461). *Mecmau'l-bahreyn* üzerine diğer bazı şerhlerle ihtisar ve nazım çalışmaları da yapılmıştır (Keşfü'z-zunûn, II, 1599-1601).

ı) Şerhu Mecmai'l-Bahreyn, Muhammed b. Yunus el-Ayaslûgî. (Süleymaniye Kütüphanesi, Laleli.nr. 995)

2.1.5. Kaynakları

Müellif kitabının mukaddimesinde iki temel kaynağının Kudûrî'nin *el-Muhtasar*'ı ile Ebû Hafs en-Nesefî'nin *el-Manzûmetü'n-Nesefiyye*'si olduğunu ifade

¹¹⁹ Kâtib Çelebi, *Keşfü'z-zunûn*, 2: 1601; Özel, "İbnü's-Sââtî, Muzafferüddin", 21:191.

¹²⁰ Kâtib Çelebi, *Keşfü'z-zunûn*, 2: 1600; Özel, "İbnü's-Sââtî, Muzafferüddin", 21:191.

¹²¹ Kâtib Çelebi, *Keşfü'z-zunûn*, 2: 1601; Özel, "İbnü's-Sââtî, Muzafferüddin", 21:191.

¹²² Özel, "İbnü's-Sââtî, Muzafferüddin", 21:191.

etmektedir. İbn Melek, müellifin ziyadelerin çoğunu *Mülteka'l-Bihâr Şerhu'l-Manzume*'den¹²³ aldığını zikretmektedir.¹²⁴

2.1.6. Fıkıh Literatüründeki Yeri

Mecmau'l-bahreyn üzerine çok sayıda şerh yazılmış ve sonraki dönemde yazılan fıkıh kitaplarında da bu esere bolca atıf yapılmıştır. Onlardan bazıları ise şunlardır:

Simavna Kadısı Oğlu Şeyh Bedreddin Mahmud (ö. 823/1420), *et-Teshîl*'inde İbnü's-Sââtî'nin *Mecmau'l-bahreyn ve mülteka'n-neyyireyn* metodunu ve rumuzlarını aynen kullanmıştır.¹²⁵

İbrâhîm el-Halebî (ö. 956/1549), *Mülteka'l-ebhur* isimli eserinde *Mecmau'l-bahreyn ve mülteka'n-neyyireyn*'in meselelerini de ilave ettiğini zikretmektedir.¹²⁶

Ahmed eş-Şelebî (ö.1021) *Tebyînü'l-hakâik* haşiyesinde *Mecmau'l-bahreyn*'e 18 defa atıfta bulunmuştur.

Şeyhîzâde Damad Efendi (ö. 1078/1667) *Mecmau'l-enhur fî şerhi Mülteka'l-ebhur*'da iki kez atıfta bulunmuştur.

İbn Âbidîn Muhammed Emîn (ö. 1252/1836), *Reddü'l-muhtâr ale'd-Dürri'l-muhtâr*'ında defalarca atıfta bulunmuştur.

İbn Âbidînzâde Alâüddîn Muhammed (ö. 1306/1889) *Kurretü uyûni'l-ahyâr li-tekmileti Reddi'l-muhtâr*'ında defalarca atıfta bulunmuştur.

Mecmau'l-bahreyn kendisinden sonra gelen birçok alim tarafından istifade edilen bir kitaptır ve yukarıda bazı örnekleri zikredildiği gibi çokca atıflar yapılmıştır.

¹²³ Muhammed b. Mahmud b. Muhammed Tacu'd-Din Ebu'l-Mefahir ez-Zevzenî'nin *Manzimetü'n-Nesefî*'ye yaptığı şerhtir. 699 tarihleri civarında vefat etmiştir. Katib Çelebi, *Keşfü'z-zünûn*, 2: 1868; Kutluboğa, *Tacu't-teracim*, 278-279.

¹²⁴ İbn Melek, *Şerhu Mecmai'l-bahreyn*, vr. 3a.

¹²⁵ Dadaş, *Şeyh Bedreddin*, 79-86.

¹²⁶ İbrâhîm b. Muhammed b. İbrâhîm el-Halebî, *Mülteka'l-ebhur*, nşr. Vehbi Süleyman Gaveci el-Elbânî, (Beyrut: Müessesetü'r-Risâle li'n-Nâşirun, 1989), 10.

2.2. ŞERHU MECMAİ'L-BAHREYN

2.2.1. Muhtevası ve Yazılış Nedeni

Şerhu Mecmai'l-bahreyn Hanefî mezhebinde *Mecmau'l-bahreyn* üzerine İbn Melek'in kaleme aldığı bir şerhtir.

Hanefî mezhebinin fıkıh ilmine dair temel kitapları ile karşılaştırıldığında *Şerhu Mecmai'l-bahreyn*'in orta hacimli bir kitap olduğu söylenebilir. Nitekim İbn Melek mukaddimede kitabının okuyucuyu usandıracak kadar uzun olmadığını özellikle vurgular. Miras hukuku¹²⁷ hariç fıkıhın bütün konuları kitapta mevcuttur.

Şerhu Mecmai'l-bahreyn'in aslı olan *Mecmau'l-bahreyn* arasındaki en önemli fark, şerhte verilen görüşlerin gerekçelerine değinilmiş olmasıdır.

İbn Melek şerhinde hem asıl metne hem de İbnü's-Sââtî'nin kendi eserine yazdığı şerhine yorum ve müdahalede (129 yerde) bulunmaktadır. İbn Melek'in *Mecmau'l-bahreyn* metnine yaptığı yorum ve müdahalelere aşağıda değinilecektir.

İbn Melek'in şerhi, klasik şerh geleneğinin güzel örneklerinden birisidir. Zira öncelikle lafızların tahliliyle başlayıp hareke ile devam eden ve ilgili ahkâmı veciz ifadelerle anlatarak son bulan bir yöntem takip etmiştir.

İbn Melek eserin yazılma gerekçesini kendi mukaddimesinde belirtmiştir: Birçok klasik şerh ve haşiyede gördüğümüz üzere etrafındaki talebeleri ve ilim ehli bu kıymetli eserin uslubunun zorluğundan dolayı yeterince yararlanamamaktadır. Halbuki *Mecmau'l-bahreyn* Kudûrî ve Nesefinin manzumesi gibi iki önemli fıkıh eserini bir araya getirmesi açısından önemli bir yere sahiptir. Ancak görünen odur ki mütûn-i erbaadan olmasına rağmen uslubu ve kullanımı zor bir kitaptır. İbn Melek de bu faktörleri göz önünde bulundurarak, hem metni en sade biçimde şerh ederken, hem de muhtevanın yetkin olmasından taviz vermemiştir. Yani eser hem ibtidai talebelerin hem de yetkin talebelerin istifade edebileceği bir üslupla yazılmıştır.

Şerhu Mecmai'l-bahreyn'in, İbn Melek'in fıkıh ve diğer İslami ilimlere dair yazdığı hangi kitaptan önce veya sonra yazdığına dair bir bilgiye rastlamadık. Bundan dolayı İbn Melek'in kitapları arasındaki tarihi sıralama, kesin olarak bilinmemektedir.

¹²⁷ *Mecmau'l-bahreyn*'de miras hukuku olmasına rağmen İbn Melek miras hukukuyla ilgili kısmı şerh etmemiştir.

2.2.2. Önemi

Şerhu Mecmai'l-bahreyn, İbn Melek'in fıkıh alanındaki maharetini ortaya koyması bakımından çok önemlidir. İbn Melek, *Şerhu Mecmai'l-bahreyn*'de Hanefî fikhına dair kendisinde var olan melekeyi ve genel manada fıkha vukufiyetini göstermiştir. Bu hüküm sadece *Şerhu Mecmai'l-bahreyn* için değil, tüm kitapları hakkında geçerlidir.

Şerhu Mecmai'l-bahreyn'i önemli kılan özelliklerin başında, İbn Melek'in “ben derim ki (أقول)” diye başladığı ve kendine ait görüşleri, itirazları ve tercihleri dile getirdiği kısımlar gelmektedir. Tespit ettiğimiz kadarıyla *Şerhu Mecmai'l-bahreyn*'de “ben derim ki” diye başlayan yaklaşık 129 mesele bulunmaktadır.

Bize göre *Şerhu Mecmai'l-bahreyn* ve *Mecmau'l-bahreyn*'i; Vikâye, Muhtâr, Kenz ve Nukâye gibi metinlerle onların şerhleri gibi Hanefî fikhında yazılmış diğer kitaplardan ayıran bir başka özellik, diğer mezhep görüşlerine yapılan atıflardır.

Şerhu Mecmai'l-bahreyn, İbn Melek'in fıkha dair görüşlerini tespit imkânı vermesinin yanında, fıkıh ilminin; ferdin, rabbi ile olan hukukundan başlayarak, diğer insanlarla olan hukukunu, içinde yaşadığı toplumun oluşturduğu devletin diğer devletlerle olan hukukunu, özetle bütün bir hayatı konu alması yönüyle, onun dünya ve ahiret hakkındaki görüşlerini öğrenme imkânı vermiştir.¹²⁸

2.2.3. Konuların İşleniş Tarzı ve Sistematiği

Musannifin eseri şerh ederken takip ettiği yöntem oldukça sistematik ve yeknesaktır. İbn Melek, şerhe önce metnin muğlak bölümlerinin çözümlerinden başlar. Bu esnada öncelikle anlaşılması zor (ğarîb) kelimeler izah edilir. Burada yeteri kadar lügavi tahlil yapıldıktan sonra, metnin manasının okuyucunun kafasında bütünleşmesi için metnin derli-toplu manasını verir. Bu sayede öncelikle okuyucunun kafasında metnin ne ifade ettiği anlaşılabilir olur.

İkinci olarak, metnin isim cümlesi, mazi ya da muzari olmasına bağlı olarak ifade edilen müctehidin ismini zikreder.

¹²⁸ Dadaş, *Şeyh Bedrettin*, 73-74.

Üçüncü olarak, tarafların delillerini verir. İbn Melek'in kendisinin tercih ettiği ya da mezhepte müfta bih olan kavil hangisiyse onun delilini en son zikrettiği görülmektedir. Bu yönüyle *el-Hidâye* sahibinin kullandığı yöntemi takip ettiği görülmektedir. Bilindiği gibi Merğînânî *el-Hidâye*'de tercih ettiği görüşün delilini en sona bırakmaktadır.

Dördüncü olarak mezhepte muteber kabul edilen fetva ve nevazil kitaplarından tercih edilen hükmü temellendirmeye çalışır. Burada da *el-Muhitü'l-Burhâni*, *Fetâvâyı Kâdîhân*, *Fetâvâyı Zâhiriyye* gibi en sahih kavilleri toplayan eserlere müracaat eder.

Beşinci olarak, musannifin ibaresine yahut musannifin kendi şerhinde zikrettiği bazı izahlara itirazda bulunur. Buna göre, eğer ibare hükmü tam yansıtmıyorsa, ya da anlamda düşüklük oluyorsa veyahut musannifin şerhindeki izahatlar itiraza açık bir yön barındırıyorsa bunu tashih etmeyi ihmal etmemektedir.

Şârih bu merhalelerin her birini metnin her bölümünde kullanıyor değildir ancak kullanması gerekiyorsa genelde yukarıdaki tertibi bozmamaktadır.

Kitaptaki çoğu yerde klasik dönem sonrası eserlerinde görülen cedel metoduna uygun bir yazım şekli kullanılmıştır. Delillere yöneltilebilecek muhtemel itirazları musannif yine kendisi cevaplandırarak metnin zayıf noktalarını en aza indirmiştir. Özellikle Gazzali sonrası dönemde mantık, fıkıh usulü gibi mebd'e'i doğrudan mantık olmayan, hatta hadis ilimleri gibi yapısı itibariyle mantık ilimlerine uzak olan ilim dallarında bile mantıki unsurların yer aldığını görmek mümkündür. Hatta mantık kitaplarında geçen Gazzâlî'nin “mantık bilmeyen kimsenin ilmüne güven olmaz” sözü dillere pelesenk olmuştur. Bu minvaldeki gelişim üzere kaynağı itibariyle naklin ön planda olduğu furu fıkıh kitaplarında bile cedel-münazara metoduna dayalı bir yazım metodu gelişmiştir. Özellikle müellifin yaşadığı asırlarda bu metod iyiden iyiye yerleşmiş, tefsir, hadis ilimleri gibi nakli alana yoğunlaşan eserlerde bile bu metodun ağırlığı hissedilmiştir.

Şârihin bazı noktalarda sadece metni değil, musannifin kendi şerhinde kullandığı delil yöntemini de eleştirdiği görülmektedir. İbn Melek gerektiği yerde müellife itiraz etmekten çekinmemiştir. Bu ise şârihin görüşünde ne kadar kararlı olduğunun bir göstergesidir. Hatta bu itiraz ve tenkitler kitabın mukaddime bölümünden itibaren başlamaktadır. Örneğin İbnü's-Sâatî'nin kendi eserini “icazı ile

benzerlerinden üstündür” şeklinde övmesini, çekinmeden ‘bu tür bir ifadenin kendini beğenmeye götüreceği’ yönünde eleştirmiştir. Müellifin metni cümle yapılarını dikkate alarak inşa etmiş olmasına rağmen bizzat metne de düzeltmelerde bulunması dikkat çekicidir. Nitekim kusmuğun abdesti bozmasında meclis ya da sebep birlikteliğinin anlatıldığı kısımda müellif, meseleyi جمع المتفرق olarak vermiş ve şerhinde de buna göre açıklamışken İbn Melek, doğrusunun muzarî formda olması gerektiğini ifade etmiştir.

Pek çok meselenin sonunda İbn Melek, açıklamasına kaynak gösterme cihetine gitmiş, böylece metin içinde asıl kaynağa atıfta bulunmanın güzel bir örneğini sergilemiştir.

2.2.4. Şerhte Takip Edilen Yöntem

Her müellifin eserini meydana getirirken izlediği bir yöntem ve metod vardır. İbn Melek de şerhinin aşağıdaki özellikleri taşıyacağını belirterek metod ve yöntemini açıklamaktadır.

1. İbarelerde kayıt olarak konulan cümlelerden maksadın ne olduğunu izah etmesi,
2. Anlamak için ciddi çaba sarf edilmesi gereken ibarelerin kolayca anlaşılmasını temin etmesi,
3. İbarelerin arkasına gizlenen manaları ortaya çıkarması,
4. Lafızlarla işaret edilmiş olan inci misali anlamları anlaşılır kılması,
5. Fakihler tarafından kayıt altına alınan meseleleri ihtiva etmesi,
6. Oldukça uzun delil ve gerekçelere yer vermemesi,
7. Ne çok uzun ne de çok kısa olması, “işlerin en hayırlısı orta olanıdır” kaidesince orta hacimde bir şerh olması.

İbn Melek, fıkıh ve usûl-i fıkıh başta olmak üzere tüm ilmi birikimini eserinde ortaya koymuştur. Aşağıda bunun bazı örneklerine yer verilecektir:

1. Fıkıh

Mezhep içinde aynı imamdan birden fazla rivayet varsa bunlardan en sahih olanını tespit edip belirtmeye dikkat etmektedir. Bu konu mezhep içi tercih yöntemi açısından oldukça önemlidir. Çünkü mezhepte önce Ebû Hanife sonra Ebû Yusuf ve İmam Muhammed'in görüşlerinin esas alınması şeklindeki hiyerarşinin dışına çıkıldığı kimi durumlarda, bunun sebebi Ebu Hanife'den yapılan rivayetin sahih olmamasıdır. Ancak ilgili rivayetin sıhhati dikkate alınmadığında o meselede Ebu Hanife'nin kavlından dönüldüğü gibi bir yanlış algı oluşabilmektedir. Bu açıdan Şârihin yaptığı bu rivayet değerlendirmeleri büyük önem arz etmektedir.

Mezhep içinde farklı rivayetler olduğu durumlarda mümkünse bunların arasını cem ederek değerlendirmiştir. Mümkün olmadığı durumlarda ise tercih yoluna gitmiştir. Hanefi mezhebinin genel yaklaşımının delillerin mümkün olduğu kadar işletilmesi, bunun için de cem yoluna sık sık başvurulması zaten usulde tatbik edilen bir yöntemdir.

İmamların ittifak ve ihtilaf ettiği noktalarda hükmün furudaki illetinin tespiti önemlidir. Şârih bunun tersi olarak ihtilaf ve ittifak noktaları üzerinden illetin zahir olmadığı yerlerde illeti tespite çalışmıştır ki bu ileri düzeyde bir fıkıh melekesine sahip olduğunun ve usule vukûfiyetinin açık göstergesidir.

Şârih sadece Hanefilerde ihtilafı olan görüşleri nakletmekle yetinmemiş, Şafii'den de birbirinden farklı nakledilen görüşler varsa bunlara da değinmiş ama genelde bunlar arasında tercihe gitmemiştir.

Şârih bazen musannifin girmedığı hilaf konularına da değinmiştir. Zira musannif kimi zaman mezhep içindeki ihtilafları belirtmemiştir. Bunun, ihtilafa dair nakledilen görüşün zayıf olması ya da müteahhir ulemanın bu ihtilafa itibar etmemesi gibi birçok nedeni olabilir. Son derece muhtasar bir metinde bunlara yer verilmemesi normaldir. Şârih, bu boşluğu doldurmak adına dile getirilmeyen hilafı vermekte hatta delillerini de zikretmektedir.

Metin, Hanefi imamlar yanında İmam Malik ve İmam Şafii'ye de yer verirken şerhte ihtilaf gerekçelerinin açıklanmasıyla yetinilmiştir. Eğer tercihi ve tashihi bizzat metnin ibaresi yapmışsa bu durumda bunun gerekçesini vermiştir. Mesela abdesti bozan durumlar anlatılırken Ebu Yusuf'un görüşünün sahih olduğu ifade edilmiş,

şerhte İmameynin ikisinin birden gerekçe ve delillerine yer verilmemiştir. Ancak mütûn-i erbaa'dan olmasına rağmen *Kenzü'd-Dekaik*'te bu meselede İmam Muhammed'in kavli tercih edilmiştir. Fakat şârih buna atıfta bulunmamış, aynı müellifin *el-Kâfi fi şerhi 'l-Vâfi*'siyle yetinmiştir.

İbn Melek'in şerhinde dikkat çeken özelliklerinden birisi de birbirinden farklı görüşlerin olduğu konularda fetva tercihinde sıklıkla ihtiyat kuralını işletmesidir. Ayrıca şerhte meseleleri temellendirmek için birçok fihhi zâbit ve kaide kullanılmaktadır.

2. Usul

İbn Melek'in şerhi, usul kurallarının nasıl uygulanması gerektiğini uygulamalı bir şekilde gösteren bir kitap olması yönünden önemli bir eserdir.

İbn Melek öncelikle açıkladığı konuda Kur'an-ı Kerim' de bir ayet varsa o ayeti zikreder. İbn Melek şerhinde yaklaşık 90 ayet zikretmektedir. Kur'an'ın 'manaya delalet eden nazm' olduğuna dikkat çeker.

İkinci olarak o konudaki hadisleri zikreder. Hadis konusunda ahad haberle nas üzerine ziyade yapılamayacağını, ziyadenin ancak meşhur ve mütevatir haberle yapılacağı konusuna sıklıkla vurgu yapar. Emrin bir karîne olmadığı zaman vücup ifade ettiğini, karine varsa vücup dışında başka manalar da ifade ettiğini zikreder. Usul kurallarını uygularken sık sık usûl-i fikihteki atıf harfleri ve benzeri harf ve kelimeleri de zikreder. Mutlak bir ifade varsa kayıtlar.

Varsa ayet ve hadisi zikrettikten sonra sık sık icmaya başvurmaktadır. Özellikle bu konuda 'sahabenin icmasıyla' ifadesini kullanmaktadır.

Müellif kıyas konusuna sıklıkla başvurur. Kıyasta illet gizli ise bu durumda sıklıkla *istihsan* kelimesini zikretmektedir.

Delil olarak kıyası sıkça kullanır, hatta bir konuda iki farklı kıyas bulunuyorsa ikisini de değerlendirmeye çalışır. Burada yine yukarıdakine benzer bir durum olarak, iki farklı kıyasın birbirini nakz etmediği durumlarda bunların birbirini teyit etmesi de

muhtemeldir. Bu sayede de farklı delillerin zayi olmadan işletilmesi mümkün olmaktadır.

Delil kullanımının da iki noktada yoğunlaştığı görülmektedir. Bunlardan birincisi diğer mezheplere karşı getirilen deliller, ikincisi mezhep içi ihtilafların temellendirilmesinde kullanılan yöntemdir.

Klasik fikhın yapısı gereği diğer mezheplerle ortaya çıkan ihtilafların kaynağı büyük ölçüde usul kaynaklı delil tercihi ve delile yüklenecek anlamla ilgilidir. Bunun bir neticesi olarak şârihin mezhepler arası ihtilafı açıklarken ibadet gibi taabbüdi konularda rivayet malzemesini kullandığı, muamelat gibi daha muallel konularla ayetlerin umum veya husus ifadesi yahut ittifak edilen şer'î deliller dışında kalan istihsan, ıstıslah, şeru men kablênâ, sahabe kavli vb. delillerle konuyu temellendirdiği görülmektedir. Mezhep içi ihtilaflarda ise genellikle usulde kabul edilen deliller aynı olduğu halde, furudaki asıllar olan zavâbıtların tespiti ve işletilmesi farklılaştığı için, şârihin bu alana yoğunlaştığı görülmektedir.

Rivayet metoduna sıklıkla yer veren şârih, birbirine muâriz görünen rivayetlerden birini tercihten ziyade ikisinin aralarını cem etmeyi öncelemiştir. Mezhepte rivayetlerin tearuzu anında cemin mi yoksa tercihin mi öncelikli olduğu konusu ihtilafı olduğu için şârihin bu tatbikatı önem arz etmektedir.

Muhtelif rivayetleri naklettikten sonra, hadisin senedine ve sıhhatine değinmediği halde doğrudan hadisle sahabe ve tabiun döneminde amel edilip edilmediğine işaret ederek, Hanefi mezhebi içindeki ehli hadis eğilimli Mısır ekolünden çok rey-fukaha metodu eğilimli Maveraünnehir ulemasının yöntemini kullanmıştır. Hâlbuki uzlaşma döneminden sonra İbn'ül-Hümmam, İbn Nüceym, İbn Abidin gibi Mısır ve Şam bölgesi Hanefileri ehli hadis yöntemine eğilim göstererek fikh kitaplarında kütüb-i sitte rivayetlerini kullanmaya özen göstermiş, kimi zaman hadisleri senediyle vermiş kimi zaman da hadisin hadisçilere göre sıhhatine değinmişlerdir. Ancak şârih Rum diyarında kemale eren ve Maveraünnehir Hanefiliğin devamı olan Anadolu coğrafyasındaki mezhep anlayışına ve mezhebin ilk dönemlerindeki kullanıma uygun olarak rivayetleri ele almış, doğrudan sened ya da hadis kitabındaki kaynağını vermemiştir. Matudiri'nin Tevilât'ında, Kuduri'nin *et-Tecrid*'inde vb. mezhebin ilk dönem önemli eserlerinde de hadis nakledilirken özenli davranılmış, sened zikredilmese de fakih bu rivayeti ihticac için kullandığından

sihhatini tekeffül etmiş oluyordu. Mezhepleşme sürecinde kurucu imamlar aracılığıyla silsile halinde nakledilen bu rivayetler zaman içinde bir nevi fakihlerle müselsel silsiletü'z-zeheb bir rivayet haline geliyordu. Bu aşamadan sonra bu rivayetleri muhaddislerin yöntemine göre ele almak mezhebin sistematığıyla uyumsuzluk oluşturacaktır.

3. Dil

Şârih kitab ve bab başlıklarında lügavi tahlilleri ihmal etmemektedir. Ancak yine de tanım yaparken şer'î örfteki kullanıma yer vermiş ve bunu öncelemiştir. Kadim eserler için bu ikili taksim genelde değişmeyen bir yöntemdir. Ancak bazı eserlerde lügavi-semantik tahlile fazlaca yer verilmesi okuyucuyu gereksiz yere yormaktadır. Çünkü tahlil edilen kelime ıstılahlaşma sürecinden geçiyse ekseriyetle semantik kökeninden oldukça uzak bir anlam kazanmaktadır. Hatta bazen şeri ıstılahta lügat manasının neredeyse zıddına olacak anlamlar kazanmaktadır. Böyle durumlarda dil tahlilleri konudan uzaklaşarak okuyucunun zihnini yoracak bir mahiyet arz etmektedir. Çünkü nihayetinde lügat ilminin konusu olan bu tahliller asıl gayeden kişiyi alıkoymaktadır. Bu açıdan şârihin bir fıkhi eser olan şerhinde lügavi tahlilden çok ıstılahi anlama yoğunlaşması beklenen bir şeydir.

Dil konularında delillendirme için çok çeşitli kaynaklara başvurulmuştur. Ancak fıkıh kitaplarında alışık olmadığımız bir biçimde el-Keşşaf tefsiri gibi ikincil dil kaynaklarına da yer verdiği görülmektedir.

Belagat ilmine olan vukufiyetini gösterirken vukufiyeti de görülmektedir. Hatta müellifin kendi şerhinin mukaddime kısmından alıntılıyarak, orada esere verdiği ismi anlatırken kullandığı ibarelerin talil gerekçesini doğru bulmadığını ifade etmiş ve gerekçesini beyan ilmine istinaden eleştirebilmiştir.

4. Konu Başlıklarını Detaylandırması

Fıkıh metinlerinde kitap başlıklarından sonra alt başlıklar vardır. Bunlara “fasl/فصل” denir. Bunlarda içeriğe dair bilgi zikredilmez. İbn Melek bu fasıllara ilaveler yaparak faslın içeriğinin ne olduğunu ortaya koymaktadır. Yaptığı ilaveleri

اşağıda sıralayacağız. Parentez içerisindeki kısım metinde olan, dışında olanlar ise metinde olmayan şerhte eklenen kısımlardır.

(صدر الكتاب)	(فصل) في سجود السهو
(كتاب الطهارة)	(فصل) في صلاة المريض
(فصل) في نواقض الوضوء	(فصل) في سجود التلاوة
(فصل) في الغسل وكيفيته وموجباته	(فصل) في صلاة المسافر
(فصل) في الماء الذي يجوز به الوضوء وما لا يجوز	(فصل) في صلاة الجمعة
(فصل) في البئر وأحكامها	(فصل) في صلاة العيدين وتكبيرات التشريق
(فصل) في الأسار	(فصل) في صلاة الكسوف والخسوف
(فصل) في التيمم وما ينقضه	(فصل) في الاستسقاء
(فصل) في المسح على الخفين	(فصل) في التراويح
(فصل) في الحيض والاستحاضة والنفاس	(فصل) في صلاة الخوف
وأحكامها	(فصل) في الجنائز
(فصل) في الأنجاس والطهارة عنها	(فصل) في التكفين
(كتاب الصلاة)	(فصل) في الصلاة على الميت
(فصل) في الأوقات التي تكره فيها الصلاة	(فصل) في حمل الجنائز وفي الدفن
(فصل) في الأذان	(فصل) في الشهيد
(فصل) في شروط الصلاة التي تتقدمها	(كتاب الزكاة)
(فصل) في صفة الصلاة	(فصل) في سائمة الإبل
(فصل) في الوتر	(فصل) في زكاة سائمة البقر
(فصل) في الإمام	(فصل) في زكاة سائمة الغنم
(فصل) في الصلاة في الكعب	(فصل) في زكاة سائمة الخيل
(فصل) فيما يفسد الصلاة وما يكره فيها	(فصل) في زكاة النقدين
(فصل) في الحدث في الصلاة	(فصل) في زكاة العروض
(فصل) في قضاء الفوائت	(فصل) في العشر
(فصل) في السنن الرواتب وإدراك الفريضة وفي النوافل وأحكامها والنذر	(فصل) فيمن يمر على العاشر
	(فصل) في المعدن والركاز
	(فصل) في مصارف الزكاة

(فصل) في صدقة الفطر ومقدارها ووقت وجوبها

(كتاب الصوم)

(فصل) فيما يجب القضاء وما لا يجب وفيما

يكره للصائم فعله

(فصل) في الكفارة

(فصل) في قضاء رمضان

(فصل) في الاعتكاف

(كتاب الحج)

(فصل) في وقت الحج ومواقيت الإحرام

(فصل) في الإحرام

(فصل) في صفة أفعال الحج

(فصل) في الحج عن الغير

(فصل) في إحرام الأمة والعبد

(فصل) في القران

(فصل) في التمتع

(فصل) في الجنائيات على الإحرام

(فصل) في جزاء الصيد

(فصل) في الإحصار

(فصل) في العمرة

(فصل) في الهدي

(كتاب البيوع)

(فصل) فيما يدخل في البيع تبعًا وبيع الثمار

(فصل) في تصرفات الوكيل بالبيع

(فصل) في الاستبراء وما يتبعه

(فصل) في عقود أهل الذمة

(فصل) في خيار الشرط

(فصل) في خيار الرؤية

(فصل) في خيار العيب

(فصل) في البيع الفاسد والباطل

(فصل) في الإقالة

(فصل) في المرابحة والتولية والوضيعة

(فصل) في التصرف في البيع والتمن قبل القبض

(فصل) في الربا

(فصل) في السلم

(فصل) في الصرف

(كتاب الرهن)

(فصل) فيما يجوز رهنه والارتهان به وما لا

يجوز

(فصل) في الرهن يوضع على يد العدل وفي

التصرف فيه والجنابة منه وعليه

(كتاب الحجر)

(كتاب المأذون)

(كتاب الإقرار)

(فصل) في الاستثناء وما في معناه

(فصل) ولو ادعى التركة دينًا

(فصل) في إقرار المريض

(كتاب الإجارة)

(فصل) فيما يجوز من الإجارة وما يفسد منها

(كتاب الشفعة)

(فصل) في طلب الشفعة والخصومة فيها

(فصل) فيما تبطل به الشفعة وما لا تبطل

(فصل) وبناء المشتري واتخاذ مسجداً قاطع

لحق البائع في الفسخ

(فصل) في الاختلاف وما يؤخذ به المشفوع

(كتاب الشركة)

(كتاب المضاربة)

(فصل) في نفقة المضارب على نفسه من مال

المضاربة

(كتاب الوكالة)

(فصل) في التوكيل بالشراء

(فصل) في الوكالة بالبيع وغيره

(فصل) في الوكيلين والعزل وبطلان الوكالة

(كتاب الكفالة)

(فصل) في الكفالة بالمال

(كتاب الحوالة)

(كتاب الصلح)

(فصل) في المصالحة في الديون والتوكيل به

والتبرع

(فصل) في الدين المشترك والتخارج

(كتاب الهبة)

(فصل) في الرجوع في الهبة

(فصل) في العمري والصدقة

(كتاب الوقف)

(فصل) في إجارة الوقف وإثباته

(كتاب الغصب)

(كتاب الوديعة)

(كتاب العارية)

(كتاب اللقيط)

(كتاب اللقطة)

(كتاب الحنثي)

(كتاب المفقود)

(كتاب الإباق)

(كتاب إحياء الموات)

(فصل) في الشرب

(كتاب المزارعة)

(فصل)

(كتاب المساقات)

(كتاب النكاح)

(فصل) في المحرمات

(فصل) في الأولياء والأكفاء والوكالة في النكاح

(فصل) في المهر

(فصل) في نكاح الرقيق

(فصل) في العيوب

(فصل) في نكاح أهل الشرك

(فصل) في القسم

(كتاب الرضاع)

(كتاب الطلاق)

(فصل) في إيقاع الطلاق

(فصل) في الصريح والكناية وإضافة إطلاق إلى

الزمان

(فصل) في طلاق غير المدخول بها وفي إيمان

الطلاق

(فصل) في الاختيار والمشيمة

(فصل) في طلاق الفار

(فصل) في الرجعة

(فصل) في الإيلاء

(فصل) في الخلع

(فصل) في الظهار

(فصل) في اللعان

(فصل) في العدة

(فصل) في ثبوت النسب

(فصل) في النفقة

(فصل) في الحضانة	(فصل) في اليمين في الدخول والسكنى
(كتاب العتق)	والخروج والركوب وغير ذلك
(فصل) في العبد يعتق بعضه	(فصل) في اليمين في الأكل والشرب
(فصل) في التدبير	(فصل) في اليمين في الكلام واللبس والتحلي
(فصل) في الاستيلاء	(فصل) في البيع والشراء والتزويج وتقاضي
(فصل) في المكاتب	الدرهم
(فصل) في الولاء	(كتاب أدب القاضي)
(كتاب الجنائيات)	(كتاب الدعوى)
(فصل) ولو قتل عبد اثنين قريههما	(فصل) في كيفية اليمين والاستحلاف
(كتاب الديات)	(فصل) في التحالف
(فصل) فيما يحدثه الرجل في الطريق	(فصل) فيما لا يكون خصمًا
(فصل) في جناية العبد والجناية عليه	(فصل) فيما يدعيه الرجلان
(فصل) في القسامة	(فصل)
(فصل) في المعاقل	(فصل) في دعوى النسب
(كتاب الحدود)	(كتاب الشهادات)
(فصل) في حد الشرب	(فصل) فيمن تقبل شهادة وفيمن لا تقبل
(فصل) في الأشربة	(فصل) في الاختلاف في الشهادة
(فصل) في حد السرقة	(فصل) في الشهادة على الشهادة
(فصل) فيما يقطع في سرقة وفيما لا يقطع وفي	(كتاب الرجوع عن الشهادة)
الحرز	(كتاب القسمة)
(فصل) في قطاع الطريق	(فصل) في كيفية القسمة ودعوى الغلط فيها
(كتاب الصيد والذبائح)	(كتاب الإكراه)
(فصل) في الذبائح	(كتاب السير)
(فصل) فيما يحرم أكله	(فصل) في الموادعة ومن يجوز أمانه
(كتاب الأضحية)	(فصل) في الغنائم وقسمتها
(كتاب الإيمان)	(فصل) في كيفية القسمة
(فصل) فيما يكون يمينًا وفيما لا يكون	(فصل) في التنفيل
	(فصل) في المستأمن

(فصل) في العشر والخراج
 (فصل) في الجزية
 (فصل) في أحكام المرتدين
 (فصل) في البغاة
 (كتاب الحظر والإباحة)

(فصل) في المسابقة
 (كتاب الوصايا)
 (فصل) في الإيضاء بالثلث وغيره
 (فصل) في الوصية للأقارب وغيرهم

5. Metinde Düzeltme Önerdiği Yerler

İbn Melek, şerhte bazı yerlerde *Mecmau'l-bahreyn* metnine müdahale ve düzeltmeler yapmaktadır. Ayrıca 129 yerde “Derim ki” diyerek İbnü’s-Sââtî’nin şerhine itiraz etmektedir.

İbn Melek’in müdahale ve düzeltmeleri gerekçeleriyle birlikte şu şekildedir:

MUKADDİME

Gerekçesi	İbn Melek’in Düzeltmesi	Mecmau'l-bahreyn
لكان كلامه أنقى من العين	إِلَّا أَنْ تَقَعُ هَذِهِ الْجُمْلَةُ حَالًا، فَلَا تَدُلُّ عَلَى خِلَافٍ	إِلَّا أَنْ تَقَعُ هَذِهِ الْجُمْلَةُ حَالًا مُغْتَرِضَةً، فَلَا تَدُلُّ عَلَى خِلَافٍ
لكان أضبط وأغنى عن تعداد الوفاقية	هَذِهِ أَوْضَاعُ الْمَسَائِلِ الْخِلَافِيَّةِ، وما سواها أوضاع غير الْخِلَافِيَّةِ	هَذِهِ أَوْضَاعُ الْمَسَائِلِ الْخِلَافِيَّةِ، وَدَلَّلْنَا عَلَى غَيْرِ الْخِلَافِيَّةِ بِالْجُمْلَةِ الشَّرْطِيَّةِ وَالنَّافِيَّةِ الْعَارِيَّتَيْنِ عَنِ الْأَوْضَاعِ السَّابِقَةِ
لكان أوجز	أوضاع الوفاق خمسًا	وَبِالْفِعْلِ الظَّاهِرِ الْفَاعِلِ وَالْمُسْتَرِ لِلْعَلْمِ بِهِ وَالْفِعْلُ اللَّازِمُ ظَاهِرًا كَانَ فَاعِلُهُ أَوْ مُضْمَرًا
لكان أحسن	وإفادة للمبتدي، وإعانة للقاصر في علم العربية	وَإِعَانَةٌ لِلْمُبْتَدِي وَالْقَاصِرِ فِي عِلْمِ الْعَرَبِيَّةِ

KITÂBU'T-TAHÂRE

Gerekçesi	İbn Melek'in Düzeltmesi	Mecmau'l-bahreyn
والأقرب	ويجمع الْمُتَفَرِّقَ لِاتِّحَادِ الْمَجْلِسِ لَا الْبَاعِثِ	وَيَجْمَعُ الْمُتَفَرِّقَ لِاتِّحَادِ الْمَجْلِسِ لَا الْبَاعِثِ
لكان أولى	وتكتفي المرأة بتخيليل أصول ضفيرتها	وَتَكْتَفِي الْمَرْأَةُ بِتَخْلِيلِ شَعْرِهَا
لكان أولى	أوان قليل طاهرها	فِي اخْتِلَاطِ أَوَانٍ أَقْلَهَا طَاهِرًا
لكان أشمل	ومفارق الماء	ومفارق المصر
فكان ينبغي للمصنف أن يقول	وبناء المتوضئ فيه بالتيميم جائز	وَالْبِنَاءُ فِيهِ بِالتَّيْمِيمِ جَائِزٌ
لكان أظهر	لرؤيته فيها	وَتُبْطَلُ صَلَاتُهُ لِرُؤْيِيهِ
لكان أولى	ثم وجد ماء يكفي لأحدهما	ثُمَّ وَجَدَ مَاءً غَيْرَ كَافٍ لهُمَا
لكان أوجز	فَيُصْرَفُهُ إِلَيْهَا	فَيُصْرَفُهُ إِلَيْهَا
لكان أحسن	وأعدناه على الموق لنزع أحدهما	وَأَعَدْنَاهُ مُطْلَقًا لِنَزْعِ أَحَدِهِمَا
لكان أشمل	وطهر بول المأكول	وَطَهَّرَ بَوْلَ الْفَرَسِ وَخَفَّاهُ
لكان كافيًا	وقالا: تطهر الجامدة بال غسل	وَقَالَا: نَجَسٌ وَتَطَهَّرُ الْجَامِدَةُ بِالْعَسَلِ

KITÂBU'S-SALÂT

Gerekçesi	İbn Melek'in Düzeltmesi	Mecmau'l-bahreyn
لكان أولى	أمرؤ المنفرد بهما	وأمرؤ المنفرد به
لكان أولى	وستر عورته	ويستر عورته
لكان أحسن	من تحت سرته	من السرة إلى ركبته

ونفرضها في العمر مرة لا في كل صلاة فتسن فيها كلما ذكر	فجعلها فيها سنة لا فريضة وتجب في العمر مرة وقيل كلما ذكر	لكان أوجز تركيبًا وأحسن ترتيبًا لا يخفى على من كان لبيبا
أو خرج وقت المستحاضة	أو خرج وقت المعذور	لكان أولى لشموله المستحاضة ومن بمعناها
والثمانية	وثماني ركعات	لكان حسنا
واستحب قضاء سنة الفجر وحدها بعد طلوع الشمس	وجوز قضاء سنة الفجر	لكان حسنا
أو صحة على مؤمئ استأنف ويتم إن عرض مرض بحسبه	وإن عرض مرض يتم بحسبه أو صحة على مؤمئ استأنف	لكان أظهر
وحكمنا بالإجزاء في الأداء على حسب الوجوب	وجعلنا الواجبة في مكروه مؤداة في مكروه آخر	لكان أنسب
لا هي	لا إياها	لكان أولى
لا هم	لا إياهم	لكان أولى

KITÂBU'Z-ZEKÂT

Gerekçesi	İbn Melek'in Düzeltmesi	Mecmau'l-bahreyn
لكان أحسن ترتيبًا	لا كسوب ولا قدر الكفاية	لا قدر الكفاية ولا كسوب

KITÂBU'L-HAC

Gerekçesi	İbn Melek'in Düzeltmesi	Mecmau'l-bahreyn
لكان أولى	عليّ ملك الزاد والراحلة	قادرًا على الزاد والراحلة
لكان أحسن	ونجيز تقديم الإحرام مع الكراهة على أشهر الحج	ويكره تقديم الإحرام على أشهر الحج
لكان أولى	ونجعل له لا للعمرة	وينعقد له ولا نجعله عمرة
لكان أولى	ولم يكره الوصل	ويجيز الوصل بين الأسابيع

وبدواعيه بشهوة	وبقبلة أو لمس بشهوة	لكان أولى
ويجمعها الإحرام والطواف والسعي والحلق	وتتحقق بالإحرام إلى آخره	لكان أوضح
وبه قالا مانع	مانع وبه قالا	لكان أحسن

KITÂBU'L-BUYÛ

Gerekçesi	İbn Melek'in Düzeltmesi	Mecmau'l-bahreyn
لكان أولى	رجح العاقد	رجح العقد
لكان أفيد	فيجب فسخه على كل من العاقدين	فيفسخه كل من العاقدين عند بقاء العين
لكان أوضح	بزيادة الدهن على ما فيهما	بزيادة الدهن فيهما
لكان أخصر وأولى	ورد	واسترد
لكان أولى	فدفع خمسين عنها أو عنهما أو مطلقاً	فدفع خمسين من الثمن أو عنهما

KITÂBU'R-REHN

Gerekçesi	İbn Melek'in Düzeltmesi	Mecmau'l-bahreyn
لكان أوجز ولم يحتج إلى قوله ولم يلزمه	وينعقد بالإيجاب والقبول ولم يتموه إلا بالقبض	ينعقد بالإيجاب والقبول ويتم بالقبض
لكان المتن موافقاً للشرح	وكذا لو أدى بثمان عبد إلى آخره	جعلنا الدين والثمان ونصفه
لكان أولى	وجعله به	أو جعله به

KITÂBU'L-HACR

Gerekçesi	İbn Melek'in Düzeltmesi	Mecmau'l-bahreyn
-----------	-------------------------	------------------

وقالا يحجر عليه ويتوقف تصرفه على إجازة الحاكم	وقالا: يتوقف تصرفه على إجازة الحاكم	ولم يردف قولهما في المسألة الأولى لكان أولى وأوجز
وقالا: يحجر عليه بطلب الغرماء فيمنع من التصرف ويباع ماله لامتناعه	والمديون يحبس ولا يحجر عليه بطلب الغرماء ولا يباع ماله لامتناعه	لكان الكلام أخصر وأسنى، وعن إرداف قولهما أغنى

KITÂBU'L-İKRÂR

Gerekçesi	İbn Melek'in Düzeltmesi	Mecmau'l-bahreyn
لكان أخصر	فاستثناء قفيز باطل	وقفيز شعير فالاستثناء باطل
كان أظهر وأجمل وأخصر	اختلفا في البناء والابتداء أو اتفقا على أن شيئًا منهما لم يحضرهما فالعقد جائز	واختلفا في البناء والابتداء
لكان أولى	قال لسته أشهر أو أكثر	لأكثر من ستة أشهر رقيقًا

KITÂBU'L-İCÂRE

Gerekçesi	İbn Melek'in Düzeltmesi	Mecmau'l-bahreyn
لكان أخصر	وإجارة المشاع من غير الشريك فاسدة	وإجارة المشاع فاسدة إلا من الشريك
لكان أولى وأخصر	ما تلف بعمله	ما أتلغه بعمله
لكان أخصر	وإجارة المشاع من غير الشريك فاسدة	وإجارة المشاع فاسدة إلا من شريك
لكان أولى وأخصر ولإنجاز وعده أوفر	ذكر الغد فاسد	فيجب بالخياطة غدًا أجر مثله

KITÂBU'Ş-ŞUF'A

Gerekçesi	İbn Melek'in Düzeltmesi	Mecmau'l-bahreyn
-----------	-------------------------	------------------

فالشفعة غير ثابتة مطلقاً وأوجباها في حصة الألف	فالشفعة غير ثابتة في حصة الألف	لكان أخصر وأولى
---	-----------------------------------	-----------------

KITÂBU'L-MUDÂREBE

Mecmau'l-bahreyn	İbn Melek'in Düzeltmesi	Gerekçesi
فضارب بالنصف	أو ضارب بالنصف	لكان أخصر

KITÂBU'L-VAKF

Mecmau'l-bahreyn	İbn Melek'in Düzeltmesi	Gerekçesi
في الخصومة	في الخصومة مع رأي الآخر	لكان أولى
ولا نجيز وقف كل عين معينة مملوكة قابلة للنقل مفيدة باقية	ولا نجعله ملكاً للموقوف عليه	لكان أولى وأي حاجة إلى إيراد هذه القيود المتفق عليها؛ بل لا حاجة إلى إيراد هذه المسألة

KITÂBU'L-GASB

Mecmau'l-bahreyn	İbn Melek'in Düzeltmesi	Gerekçesi
فالمالك يضمنه إن سلمه إليه. وقالا يمسكه ويضمن النقصان	فالمالك لا يمسكه مع تضمين النقصان	لكان أولى

KITÂBU'L-MÜZÂRAA

Mecmau'l-bahreyn	İbn Melek'in Düzeltmesi	Gerekçesi
وهي باطلة. وقالا جائزة. ويختار للفتوى	وهي باطلة ويفتى بقولهما	لكان أوجز
ولو غصبها وزرعها فالخارج له	فزرعها يكون الخارج له	لكان أولى

KITÂBU'N-NIKÂH

Mecmau'l-bahreyn	İbn Melek'in Düzeltmesi	Gerekçesi
------------------	-------------------------	-----------

ولو غير عدول	وبغير عدول	لكان أولى
بشهادة ذميين جاز وأبطله	بشهادة ذميين أبطله	لكان أخصر
والأم وأقاربها وذوا الأرحام أولياء بعد العصبه ومنعهم. ثم يتولى مولى المولاة ثم القاضي	أصحاب الفروض النسبية وذووا الأرحام ومولى المولات أولياء بعد العصبه ومنعهم	لكان أجمل وأوجز وأشمل
ويحكم به في قول وبها في آخر	ولو ترك قوله في قول	لكان أخصر
الزيادة المتصلة بعد قبض المسمى وأسقطها	لو أسقط قوله: وأسقطها	لكان أنجز لو عدة
وإن ارتد أحدهما وقعت الفرقة بغير طلاق وجعل رده طلاقًا	وإن ارتد أحدهما جعل رده طلاقًا لا فسحًا	لكان أخصر

KITÂBU'T-TALÂK

Gerekçesi	İbn Melek	Mecmau'l-bahreyn
لكان أخصر وأحسن	لو طرح المصنف لفظ السكران	ونوع طلاق السكران والمكره
لكان أولى	أو بثلاث أو أمة بثنتين	أو بثلاث في الحرة وثنتين في الأمة لم تحل له
لكان أبين	لزم ثلثها	لزمها ثلاثة
لكان أحسن وأوفق	وألزماها واحدة بألف	وألزماها الثلث
لكان أولى	وللأب بيع عروض الولد الكبير	وللأب بيع عروضه

KITÂBU'L-İTK

Gerekçesi	İbn Melek'in Düzeltmesi	Mecmau'l-bahreyn
-----------	-------------------------	------------------

فأسلم أحدهما رجع في تركته وعليه بقيمة نفسه وحكم بقيمة خدمته ومقدارها	فأسلم أحدهما حكم بأن يرجع بقيمة خدمته في تركته ويمقدارها عليه لا بقيمته فيهما	لكان قولهما مبنياً بالإرداف لا بصيغة الوفاق
فإن أعتق جر ولاء ابنه إلى مواليه	ولاء ولده	لكان أولى

KITÂBU'T-DIYÂT

Gerekçesi	İbn Melek'in Düzeltmesi	Mecmau'l-bahreyn
لكان أولى وأخصر	لو نبتت بيضاء في الحر فهو غير واجب وأوجبها وتجب في العبد	لو نبتت بيضاء في الحر وفي العبد حكومة عدل وأوجبها فيهما
لكان أخصر وأولى	في كل اثنتين من البدن	وتجب الدية في كل ما في البدن منه اثنان فيهما

KITÂBU'L-HUDÛD

Gerekçesi	İbn Melek'in Düzeltmesi	Mecmau'l-bahreyn
لكان أتم	إذا زنى مكلف في قُبل المشتهاة في غير ملك وشبهته عن طوع	إذا زنا بامرأة بأن وطئها في القُبل في غير وشبهته
لكان أخصر	وقاطع اليسرى عمداً مأموراً باليمنى غير ضامن	وقاطع اليسرى مأموراً باليمنى غير ضامن وضمناه في العمد
لكان أخصر	ولو صبغة أحمر أفتى بأخذه مع ضمان الزيادة	ولو صبغه أحمر لم يؤخذ منه ولم يضمه وأفتى بأخذه مع ضمان الزيادة له

KITÂBU'S-SAYD VE'Z-ZEBÂIH

Gerekçesi	İbn Melek'in Düzeltmesi	Mecmau'l-bahreyn
لم يحتج إلى إرداف قولهما	والجنين الميت التام الخلق لا يؤكل	والجنين الميت لا يؤكل

KİTÂBU EDEBÎ'L-KÂDÎ

Gerekçesi	İbn Melek'in Düzeltmesi	Mecmau'l-bahreyn
لكان أولى وأخصر	لو عمى بعد الأداء يأمر بالقضاء	ولو عمى بعد الأداء امتنع القضاء ويأمر به

KİTÂBU'S-SİYER

Gerekçesi	İbn Melek'in Düzeltmesi	Mecmau'l-bahreyn
لكان أخصر ولم يحتج إلى إرداف قولهم	والإمام لا يفادي بأسارى المسلمين	والإمام لا يفادي بهم وأجازاه بأسارى المسلمين

6. Tartı Ölçü ve Uzunluklar

İbn Melek, şerhte tartı, ölçü ve uzunluk birimleri zikretmektedir. Burada bunları üç tablo halinde zikredeceğiz.¹²⁹

TARTI BİRİMLERİ

Tartılar	Miktar
Hanefiler göre dirhem	125,3 gram
Cumhura göre dirhem	2,975 gram
Dinar	4,25 gram
Hanefiler göre nevat	15,6 gram
Cumhura göre nevat	14,875
Hanefiler göre ukıyye	124,8 gram
Cumhura göre ukıyye	119 gram
Hanefiler göre ukıyye	62,4 gram
Cumhura göre ukıyye	59,5 gram
Zerre	0,0000023 gram
Kıtmir	0,00000276
Nakir	0,00001656
Fetil	0,00009936
Hanefiler göre fils	0,521 gram
Cumhura göre fils	0,496 gram
Hanefiler göre habbe	0,0425 gram
Cumhura göre habbe	0,059 gram
Hanefiler göre tassuc	0,085 gram
Cumhura göre tassuc	0,118 gram
Hanefiler göre kırat	0,2125 gram
Cumhura göre kırat	0,1771 gram
Hanefiler göre danık	0,521 gram
Cumhura göre danık	0,496 gram
Hanefiler göre kıntar	149,76 gram

¹²⁹ Ali Cuma Muhammed, *el-Mekâyil ve'l-mevâzîni's-şerıyye*, (Kahire: Mektebetü Kudüs, 2001), 94-97; M. Necmüddîn el-Kürdi, *Şer'î Ölçü Birimleri ve Fıkhî Hükümleri*, çev. İbrahim Tüfekçi (İstanbul: Buruç Yayınları, 1996).

Cumhura göre kıntar	142,8 gram
Hanefiler göre menn	812,5 gram
Cumhura göre menn	773,5 gram
Hanefiler göre keylece	1523,5 gram
Cumhura göre keylece	1450,3 gram
Hanefiler göre Irak rıtlı	406,25 gram
Cumhura göre Irak rıtlı	382,5 gram
Hanefiler göre Şam rıtlı	1875 gram
Cumhura göre Şam rıtlı	1785 gram
Mısır rıtlı	449,28 gram
Hanefiler göre istâr	20,3125 gram
Cumhura göre istâr	19,3375 gram

ÖLÇÜ BİRİMLERİ

Ölçüler	Miktar
Keyle	16,5 litre
Kadeh	2,0625 litre
Hanefiler göre müd	812,5 gram
Cumhura göre müd	510 gram
Hanefiler göre hafne	812,5 gram
Cumhura göre hafne	510 gram
Hanefiler göre sâ'	3,25 kilo gram
Cumhura göre sâ'	2,04 kilo gram
Hanefiler göre vesak	195 kilo gram
Cumhura göre vesak	122,4 kilo gram
Hanefiler göre kür	2340 kilo gram
Cumhura göre kür	1468,8 kilo gram
Veybe	33 litre
Hanefiler göre kırba	40,625 kilo gram
Cumhura göre kırba	38,250 kilo gram
15 Mekuk	3,06 kilo gram
Hanefiler göre kıst	1,625 kilo gram
Cumhura göre kıst	1,02 kilo gram

Hanefiler göre ırk	48,75 kilo gram
Cumhura göre ırk	30,6 kilo gram
Hanefiler göre irdeb	78 kilo gram
Cumhura göre irdeb	48,96 kilo gram
Hanefiler göre kafiz	98 kilo gram
Cumhura göre kafiz	24,480 kilo gram
Hanefiler göre cerib	156 kilo gram
Cumhura göre cerib	97,92 kilo gram
Mudy	45,9 kilo gram
Hanefiler göre farak	6,5 kilo gram
Cumhura göre farak	6,12 kilo gram
Hanefiler göre fark	211,250 kilo gram
Cumhura göre fark	198,9 kilo gram
Hanefiler göre kulle	101,56 kilo gram
Cumhura göre kulle	95,625 kilo gram

UZUNLUK BİRİMLERİ

Uzunluklar	Miktar
Hanefiler göre zirâ	46,375 santi metre
Malikilere göre zirâ	53 santi metre
Şafii ve Hanbelilere göre zirâ	61,834 santi metre
Hanefiler göre ısbâ‘	1,932 santi metre
Malikilere göre ısbâ‘	1,472 santi metre
Şafii ve Hanbelilere göre ısbâ‘	2,576 santi metre
Hanefiler göre kabza	7,728 santi metre
Malikilere göre kabza	5,888 santi metre
Şafii ve Hanbelilere göre kabza	10,304 santi metre
Hanefiler göre şibr	11,592 santi metre
Malikilere göre şibr	8,832 santi metre
Şafii ve Hanbelilere göre şibr	15,456 santi metre
Hanefiler göre bâ‘	1,855 metre
Malikilere göre bâ‘	2,12 metre
Şafii ve Hanbelilere göre bâ‘	2,473 metre

Hanefi ve malikilere göre mil	1855 metre
Şafii ve hanbelilere göre mil	3710 metre
Hanefi ve malikilere göre fersah	5565 metre
Şafii ve hanbelilere göre fersah	11130 metre
Hanefi ve malikilere göre berid	22260 metre
Şafii ve hanbelilere göre berid	44520 metre
Hanefi ve malikilere göre merhale	44,520 kilo metre
Şafii ve hanbelilere göre merhale	89,04 kilo metre

2.2.5. Şerhin Kaynakları

İbn Melek, *Şerhu Mecmai'l-bahreyn*'de dil, tefsir, hadis ve fıkıh alanında olmak üzere çok sayıda kaynak kullanmıştır. Bu kaynakları kısaca tanıtarak, şerhinde kitaplara yaptığı atıf sayılarını ve bununla ilgili iki tabloyu vereceğiz.

Dil ile İlgili Eserler

1. **es-Sihah (الصحاح)**: Ebû Nasr İsmâîl b. Hammâd el-Cevherî'nin (ö. 400/1009) *Tâcü'l-luga* adlı sözlüğüdür.¹³⁰

2. **el-Mugrib fî tertîbi'l-Mu'rib (المغرب في ترتيب المعرب)**: Ebü'l-Feth Burhânüddîn Nâsır b. Abdisseyid b. Alî el-Mutarrizî el-Hârizmî (ö. 610/1213).¹³¹

3. **Esâsü'l-belâga (أساس البلاغة)**: Ebü'l-Kâsım Mahmûd b. Ömer b. Muhammed el-Hârizmî ez-Zemahşerî (ö. 538/1144).¹³²

4. **el-Mufasssal fî sinâ'ati'l-i'râb (المفصل في صناعة الإعراب)**: Ebü'l-Kâsım Mahmûd b. Ömer b. Muhammed el-Hârizmî ez-Zemahşerî (ö. 538/1144).¹³³

Tefsir ile İlgili Eserler

¹³⁰ Özel, *Hanefî Fıkıh Âlimleri*, 110.

¹³¹ Kâtip Çelebi, *Keşfu'z-zünûn*, 2:1747-1748; M. Sadı Çöğenli, "Mutarrizî", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2006), 31: 478-479; Özel, *Hanefî Fıkıh Âlimleri*, 95.

¹³² Kâtip Çelebi, *Keşfu'z-zünûn*, 1:74; Mustafa Öztürk, M. Suat Mertoğlu, "Zemahşerî", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2013), 44: 235, 237; Özel, *Hanefî Fıkıh Âlimleri*, 69.

¹³³ Kâtip Çelebi, *Keşfu'z-zünûn*, 2:1774-1777; Mehmet Sami Benli, "el-Mufasssal", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2005), 30: 368-369; Özel, *Hanefî Fıkıh Âlimleri*, 70.

5. el-Keşşâf ‘an hakâ’iki’t-tenzîl ve ‘uyûni’l-ekâvîl fî vücûhi’t-te’vîl (الكشاف عن حقائق غوامض التنزيل و عيون الأقاويل في وجوه التأويل): Ebü’l-Kâsım Mahmûd b. Ömer b. Muhammed el-Hârizmî ez-Zemahşerî (ö. 538/1144).¹³⁴

Hadis ile İlgili Eserler

6. el-Câmi‘u’s-sahîh (الجامع الصحيح): Ebü’l-Hüseyn Müslim b. el-Haccâc b. Müslim el-Kuşeyrî (ö. 261/875).¹³⁵

7. el-Câmi‘u’s-sahîh (الجامع الصحيح): Ebü Abdillâh Muhammed b. İsmâîl b. İbrâhîm el-Cu‘fî el-Buhârî (ö. 256/870).¹³⁶

8. el-Minhâc fî şerhi Sahîhi Müslim b. Haccâc (المنهاج في شرح صحيح مسلم بن الحجاج): Ebü Zekerıyyâ Yahyâ b. Şeref b. Mürî en-Nevevî (ö. 676/1277).¹³⁷

Fıkıh ile İlgili Eserler

9. el-Manzûmetü’n-Neseфіyye (المنظومة النسفية): Necmeddin en-Neseфі’nin (ö. 537/1142).¹³⁸

10. Hakâ’iku’l-Manzûme (حقائق المنظومة): Ebü’l-Mehâmid Mahmûd b. Muhammed el-Buhârî el-Efşencî (ö.671/1272).¹³⁹

11. el-Musaffâ (المصفى): Ebü’l-Berekât Hâfızüddîn Abdullah b. Ahmed b. Mahmûd en-Neseфі (ö. 710/1310).¹⁴⁰

134 Kâtip Çelebi, *Keşfu’z-zünûn*, 2:1475-1484; Ali Özek, “el-Keşşâf”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (Ankara: TDV Yayınları, 2002), 25: 329; Özel, *Hanefî Fıkıh Âlimleri*, 69.

135 Kâtip Çelebi, *Keşfu’z-zünûn*, 1:555; M. Yaşar Kandemir, “Müslim b. Haccâc”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2002), 32: 93.

136 Kâtip Çelebi, *Keşfu’z-zünûn*, 1:541; Muhammed Mustafa el-A‘zamî, “Buhârî, Muhammed b. İsmâîl”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 1992), 6: 371.

137 Kâtip Çelebi, *Keşfu’z-zünûn*, 1:555; M. Yaşar Kandemir, “Nevevî”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2007), 33: 46.

138 Kâtip Çelebi, *Keşfu’z-zünûn*, 2:1867-1868; Ferhat Koca, “el-Manzûmetü’n-Neseфіyye”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (Ankara: TDV Yayınları, 2003), 28: 34-35; Özel, *Hanefî Fıkıh Âlimleri*, 67.

139 Abdülkadir Kureşi, *el-Cevâhiru’l-mudıyye*, 43: 449-450; İsmail Paşa Bağdadi, *Hediyyetu’l-ârifin*, 2: 405; Mahmud Kefevî, *Ketâib*, 3: 374-375; Abdülhay Leknevi, *el-Fevâidü’l-behiyye*, 210; İbn Kutluboğa, *Tâcü’t-terâcim*, 293-294; Kâtip Çelebi, *Keşfu’z-zünûn*, 2:1868; Ferhat Koca, “el-Manzûmetü’n-Neseфіyye”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (Ankara: TDV Yayınları, 2003), 28: 34-35; Özel, *Hanefî Fıkıh Âlimleri*, 113.

140 Abdülkadir Kureşi, *el-Cevâhiru’l-mudıyye*, 2: 294-295; 405; Mahmud Kefevî, *Ketâib*, 3: 304-305; Abdülhay Leknevi, *el-Fevâidü’l-behiyye*, 101-102; İbn Kutluboğa, *Tâcü’t-terâcim*, 174-175; Kâtip Çelebi, *Keşfu’z-zünûn*, 2:1867; Murteza Bedir, “Neseфі, Ebü’l-Berekât”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2006), 32: 567-568; Özel, *Hanefî Fıkıh Âlimleri*, 124.

12. **el-Müstasfâ (المستصفى)**: Ebü'l-Berekât Hâfızüddîn Abdullah b. Ahmed b. Mahmûd en-Neseî (ö. 710/1310).¹⁴¹

13. **Kenzü'd-dekâik (كنز الدقائق)**: Ebü'l-Berekât Hâfızüddîn Abdullah b. Ahmed b. Mahmûd en-Neseî (ö. 710/1310).¹⁴²

14. **Tebyinu'l-Hakaik (تبيين الحقائق)**: Ebü Muhammed Fahrüddîn Osmân b. Alî b. Mihcen b. Yûnus es-Sûfî el-Bârîî ez-Zeylâî (ö. 743/1343).¹⁴³

15. **el-Vâfî (الوافي)**:¹⁴⁴ Ebü'l-Berekât Hâfızüddîn Abdullah b. Ahmed b. Mahmûd en-Neseî (ö. 710/1310). 'nin İmam Şafî ve İmam Malik'in de görüşlerine yer verdiği orta ölçekli bir fûru fıkhıdır.¹⁴⁵

16. **el-Kâfî fî Şerhi'l-Vâfî (الكافي شرح الوافي)**: Ebü'l-Berekât Hâfızüddîn Abdullah b. Ahmed b. Mahmûd en-Neseî (ö. 710/1310).¹⁴⁶

17. **Şerhu Mecmai'l-Bahreyn (شرح مجمع البحرين)**: İbnü Sââtî'nin, "Mecmau'l-Bahreyn ve mülteka'n-Neyyireyn" üzerine yazdığı şerhtir.

18. **el-Muhtasar (المختصر)**: Ebü'l-Hüseyn Ahmed b. Ebî Bekr Muhammed b. Ahmed el-Kudûrî (428/1037).¹⁴⁷

19. **et-Takrîb (التقريب)**: Ebü'l-Hüseyn Ahmed b. Ebî Bekr Muhammed b. Ahmed el-Kudûrî (428/1037).¹⁴⁸

20. **et-Tecrîd (التجريد)**: Ebü'l-Hüseyn Ahmed b. Ebî Bekr Muhammed b. Ahmed el-Kudûrî (428/1037).¹⁴⁹

¹⁴¹ Kâtip Çelebi, *Keşfu'z-zünûn*, 2:1922; Özel, *Hanefî Fıkıh Âlimleri*, 124.

¹⁴² Savaş Kocabaş, *el-İmam Fahrüddîn ez-Zeylâî ve Kitabuhu Tebyinu'l-Hakaik*, (Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Lübnan, 2016), 53-56.

¹⁴³ Kocabaş, *el-İmam Fahrüddîn ez-Zeylâî*, 487.

¹⁴⁴ Kenzü'd-dekâ'ik'te olduğu söylenen rumuzlar aslında el-Vâfî'deki rumuzlardır. Bu rumuzlar ح Ebu Hanife, س Ebu Yusuf, م İmam Muhammed, ف İmam Şafî, ك İmam Malik ve و Hanefî mezhebinin ashabının rivayeti için konulmuştur. Bunu mukaddime de açıkça söylemektedir. Genelde bir müellif kitabında rumuz kullanacağı zaman kitabının mukaddimesinde bunu belirtmektedir.

¹⁴⁵ Kâtip Çelebi, *Keşfu'z-zünûn*, 2: 1997; Murteza Bedir, "Neseî, Ebü'l-Berekât", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2006), 32: 568.

¹⁴⁶ Kâtip Çelebi, *Keşfu'z-zünûn*, 2: 1997; Bedir, "Neseî, Ebü'l-Berekât", 32: 568.

¹⁴⁷ Kâtip Çelebi, *Keşfu'z-zünûn*, 2: 1631-1634; Cengiz Kallek, "Kudûrî", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (Ankara: TDV Yayınları, 2002), 26:321-322.

¹⁴⁸ Kâtip Çelebi, *Keşfu'z-zünûn*, 1: 466; Kallek, "Kudûrî", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (Ankara: TDV Yayınları, 2002), 26: 321-322.

¹⁴⁹ Kâtip Çelebi, *Keşfu'z-zünûn*, 1: 346; Kallek, "Kudûrî", 26: 321-322.

21. **el-Hidâye (الهداية)**: Burhâneddin el-Mergînânî'nin (ö. 593/1197).¹⁵⁰
22. **el-Kifâye fî şerhi'l-Hidâye (الكفاية شرح الهداية)**: Ebû Muhammed Celâleddîn Ömer b. Muhammed el-Hucendî el-Habbâzî (ö. 691/1292).¹⁵¹
23. **en-Nihâye fî şerhi'l-Hidâye (النهاية في شرح الهداية)**: Hüsâmüddîn Hüseyin b. Alî b. Haccâc el-Buhârî es-Siğnâkî (ö. 714/1314).¹⁵²
24. **Gâyetü'l-beyân ve nâdiretü'l-akrân (غاية البيان ونادرة الأقران)**: Kıvâmüddîn Emîr Kâtib b. Emîr Ömer b. Emîr Gâzî el-Fârâbî el-İtkânî (ö. 758/1357).¹⁵³
25. **Mirâcü'd-dirâye ilâ şerhi'l-Hidâye (معراج الدراية إلى شرح الهداية)**: Kıvâmüddîn Muhammed b. Muhammed b. Ahmed el-Hucendî el-Kâkî (ö. 749/1348).¹⁵⁴
26. **el-Îzâh (الإيضاح)**: Ebü'l-Fazl Rüknuddîn Abdurrahmân b. Muhammed b. Emîrveyh el-Kirmânî (ö. 543/1149).¹⁵⁵
27. **el-Muhît (المحيط)**: Burhânüddîn (Burhânü's-Şerîa) Mahmûd b. Ahmed b. Abdilazîz el-Buhârî el-Mergînânî (ö. 616/1219).¹⁵⁶
28. **Tuhfetü'l-fuhahâ (تحفة الفقهاء)**: Ebû Bekr Alâüddîn Muhammed b. Ahmed b. Ebî Ahmed es-Semerkindî (ö. 539/1144).¹⁵⁷

¹⁵⁰ Kâtip Çelebi, *Keşfu'z-zünûn*, 2: 2031-2032; Fethat Koca, "Mergînânî, Burhâneddin", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (Ankara: TDV Yayınları, 2004), 29: 182.

¹⁵¹ Kâtip Çelebi, *Keşfu'z-zünûn*, 2: 1499-1500, 2034; Mahmut Rıdvanoglu, "Habbâzî", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 1996), 14: 343.

¹⁵² Kâtip Çelebi, *Keşfu'z-zünûn*, 2: 1987, 2032; Leknevî, *el-Fevâidü'l-behiyye*, 62; Rahmi Yaran, "Siğnâkî", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2009), 37: 165.

¹⁵³ Kâtip Çelebi, *Keşfu'z-zünûn*, 2: 2033; Ahmet Akgündüz, "İtkânî", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2001), 23: 465.

¹⁵⁴ Kâtip Çelebi, *Keşfu'z-zünûn*, 2: 2033; Hüseyin Karapınar, "Kâkî", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2001), 24: 216.

¹⁵⁵ Kâtip Çelebi, *Keşfu'z-zünûn*, 1: 345, 615; M. Kâmil Yaşaroğlu, "Kirmânî, Rükneddin", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (Ankara: TDV Yayınları, 2002), 26: 65; Özel, *Haneî Fıkıh Âlimleri*, 73.

¹⁵⁶ Leknevî, *el-Fevâidü'l-behiyye*, 205-207; Mustafa Uzunpostalcı, "Burhâneddin el-Buhârî", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 1992), 6: 436; Özel, *Haneî Fıkıh Âlimleri*, 97.

¹⁵⁷ Kâtip Çelebi, *Keşfu'z-zünûn*, 1: 371; Leknevî, *el-Fevâidü'l-behiyye*, 158; Hacı Mehmet Günay, "Semerkandî, Alâeddin", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2009), 36: 471; Özel, *Haneî Fıkıh Âlimleri*, 70-71.

29. **Bedâiu's-sanâi fî tertîbi'ş-şerâi** (بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع): dir Alâüddîn Ebû Bekr b. Mesûd b. Ahmed el-Kâsânî (ö. 587/1191).¹⁵⁸

30. **Hulâsatu'l-fetâvâ** (خلاصة الفتاوى): İftihârüddîn Tâhir b. Ahmed b. Abdîrreşîd el-Buhârî (ö. 542/1147).¹⁵⁹

31. **Fetâvâ Kâdîhân** (فتاوى قاضيخان): Ebü'l-Mehâsin Fahrüddîn Hasan b. Mansûr b. Mahmûd el-Özkendî el-Fergânî (ö. 592/1196).¹⁶⁰

32. **Kunyetü'l-Münye li-tetmîmi'l-Gunye** (قنية المنية لتتم الغنية): Ebü'r-Recâ Necmüddîn Muhtâr b. Mahmûd b. Muhammed ez-Zâhidî el-Gazmînî (ö. 658/1260).¹⁶¹

33. **el-Müctebâ şerhu Muhtasari'l-Kudûrî** (المجتبى شرح مختصر القدوري): Ebü'r-Recâ Necmüddîn Muhtâr b. Mahmûd b. Muhammed ez-Zâhidî el-Gazmînî (ö. 658/1260).¹⁶²

34. **Hâvî mesâili'l-Münye** (حاوي مسائل المنية): (Kitâbü'l-Hâvî, el-Hâvî fî mesâili'l-vâkıât, el-Hâvî li-mesâili'l-Münye). Ebü'r-Recâ Necmüddîn Muhtâr b. Mahmûd b. Muhammed ez-Zâhidî el-Gazmînî (ö. 658/1260).¹⁶³

35. **Hulâsatü'l-vesâil ila ilmi'l-mesâil** (خلاصة الوسائل إلى علم المسائل): Hücetü'l-İslâm Ebû Hâmid Muhammed b. Muhammed b. Muhammed b. Ahmed el-Gazzâlî et-Tûsî (ö. 505/1111).¹⁶⁴

36. **el-Mebsût** (المبسوط): Ebû Bekr Şemsü'l-eimme Muhammed b. Ebî Sehl Ahmed es-Serahsî (ö. 483/1090).¹⁶⁵

¹⁵⁸ Kâtip Çelebi, *Keşfu'z-zünûn*, 1: 371; Leknevî, *el-Fevâidü'l-behiyye*, 53; Ferhat Koca, “Kâsânî”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2001), 24: 531; Özel, *Hanefî Fıkıh Âlimleri*, 84-85.

¹⁵⁹ Kâtip Çelebi, *Keşfu'z-zünûn*, 1: 702-703; Leknevî, *el-Fevâidü'l-behiyye*, 84; Yaşaroğlu, “Kirmânî, Rükneddin”, 26: 65; Özel, *Hanefî Fıkıh Âlimleri*, 72.

¹⁶⁰ Leknevî, *el-Fevâidü'l-behiyye*, 85; Özel, *Hanefî Fıkıh Âlimleri*, 85-86.

¹⁶¹ Kâtip Çelebi, *Keşfu'z-zünûn*, 2: 1357; Leknevî, *el-Fevâidü'l-behiyye*, 54, 212, 232; Özel, *Hanefî Fıkıh Âlimleri*, 107-108.

¹⁶² Kâtip Çelebi, *Keşfu'z-zünûn*, 2: 1357; Leknevî, *el-Fevâidü'l-behiyye*, 54, 212, 213, 232; Özel, *Hanefî Fıkıh Âlimleri*, 108.

¹⁶³ Özel, *Hanefî Fıkıh Âlimleri*, 108.

¹⁶⁴ Kâtip Çelebi, *Keşfu'z-zünûn*, 1: 719.

¹⁶⁵ Leknevî, *el-Fevâidü'l-behiyye*, 158; Özel, *Hanefî Fıkıh Âlimleri*, 59.

37. **el-Esrâr fi'l-fürû** (الأسرار في الفروع): Ebû Zeyd Abdullâh (Ubeydullâh) b. Muhammed b. Ömer b. Îsâ (ö. 430/1039).¹⁶⁶
38. **et-Tecnîs ve'l-mezîd fi'l-fetâvâ** (التجنيس والمزيد في الفتاوى): Ebü'l-Hasan Burhânüddîn Alî b. Ebî Bekr b. Abdilcelîl el-Fergânî el-Mergînânî (ö. 593/1197).¹⁶⁷
39. **Tetimetü'l-fetâvâ** (تتمة الفتاوى): Burhânüddîn (Burhânü's-Şerîa) Mahmûd b. Ahmed b. Abdilazîz el-Buhârî el-Merginânî (ö. 616/1219).¹⁶⁸
40. **Zahîretü'l-fetâvâ** (ظاهرة الفتاوى): Burhânüddîn (Burhânü's-Şerîa) Mahmûd b. Ahmed b. Abdilazîz el-Buhârî el-Merginânî (ö. 616/1219).¹⁶⁹
41. **Uyûnü'l-mesâ'il** (عيون المسائل): Ebü'l-Leys İmâmü'l-hüdâ Nasr b. Muhammed b. Ahmed b. İbrâhîm es-Semerkindî (ö. 373/983).¹⁷⁰
42. **Hizânetü'l-fikh** (خزانة الفقه): Ebü'l-Leys İmâmü'l-hüdâ Nasr b. Muhammed b. Ahmed b. İbrâhîm es-Semerkindî (ö. 373/983).¹⁷¹
43. **en-Nevâzil** (النوازل): Ebü'l-Leys İmâmü'l-hüdâ Nasr b. Muhammed b. Ahmed b. İbrâhîm es-Semerkindî (ö. 373/983).¹⁷²
44. **el-Yenâbi fi marifeti'l-usûl ve't-tefâri** (الينابيع في معرفة الأصول والتفاريح): Ebû Abdullah Reşîdüddin Mahmûd b. Ramazan er-Rûmî (ö.616).¹⁷³
45. **el-Înâye** (العناية): Ekmelüddîn Muhammed b. Mahmûd b. Ahmed el-Bâbertî er-Rûmî el-Misrî (ö. 786/1384).¹⁷⁴
46. **Şerhu'l-Câmi' i's-sağir** (شرح الجامع الصغير): Ebü'l-Hasan Ebü'l-Usr Fahrü'l-İslâm Alî b. Muhammed b. el-Hüseyn b. Abdilkerîm el-Pezdevî (ö. 482/1089).¹⁷⁵

¹⁶⁶ Kâtip Çelebi, *Keşfu'z-zünûn*, 2: 1357; Leknevî, *el-Fevâidü'l-behiyye*, 109; Özel, *Hanefî Fıkıh Âlimleri*, 49-50.

¹⁶⁷ Leknevî, *el-Fevâidü'l-behiyye*, 141; Özel, *Hanefî Fıkıh Âlimleri*, 88.

¹⁶⁸ Leknevî, *el-Fevâidü'l-behiyye*, 205-207; Özel, *Hanefî Fıkıh Âlimleri*, 96-97.

¹⁶⁹ Kâtip Çelebi, *Keşfu'z-zünûn*, 1: 823; Leknevî, *el-Fevâidü'l-behiyye*, 205-207; Özel, *Hanefî Fıkıh Âlimleri*, 96-97.

¹⁷⁰ Leknevî, *el-Fevâidü'l-behiyye*, 220; Özel, *Hanefî Fıkıh Âlimleri*, 45.

¹⁷¹ Leknevî, *el-Fevâidü'l-behiyye*, 220; Özel, *Hanefî Fıkıh Âlimleri*, 46.

¹⁷² Leknevî, *el-Fevâidü'l-behiyye*, 220; Özel, *Hanefî Fıkıh Âlimleri*, 45-46.

¹⁷³ Kâtip Çelebi, *Keşfu'z-zünûn*, 2: 1632; İsmail Paşa Bağdadi, *Hediyyetü'l-ârifin*, 2: 405; İbn Kutluboga, *Tâcü't-terâcim*, 260, 264; Leknevî, *el-Fevâidü'l-behiyye*, 205-207.

¹⁷⁴ Leknevî, *el-Fevâidü'l-behiyye*, 195; Özel, *Hanefî Fıkıh Âlimleri*, 153.

¹⁷⁵ Kâtip Çelebi, *Keşfu'z-zünûn*, 1: 112; Leknevî, *el-Fevâidü'l-behiyye*, 124; Özel, *Hanefî Fıkıh Âlimleri*, 58.

47. **Şerhu'l-Camii'l-kebir** (شرح الجامع الكبير): Ebü'l-Hasan Ebü'l-Usr Fahrü'l-İslâm Alî b. Muhammed b. el-Hüseyn b. Abdilkerîm el-Pezdevî (ö. 482/1089).¹⁷⁶

48. **Şerhu'l-Câmii's-sağîr** (شرح الجامع الصغير): Ebü'l-Abbas Zâhiruddin Ahmed b. İsmail b. Muhammed et-Timurtâşî el-Hârizmî (601/1205).¹⁷⁷

49. **el-Ecnâs ve'l-furûk** (الأجناس والفروق): Ebü'l-Abbâs Ahmed b. Muhammed b. Ömer en-Nâtîfî et-Taberî (ö. 446/1054).¹⁷⁸

50. **el-Vasît** (الوسيط): Hüccetü'l-İslâm Ebû Hâmid Muhammed b. Muhammed b. Muhammed b. Ahmed el-Gazzâlî et-Tûsî (ö. 505/1111).¹⁷⁹

51. **el-Vecîz** (الوجيز): Hüccetü'l-İslâm Ebû Hâmid Muhammed b. Muhammed b. Muhammed b. Ahmed el-Gazzâlî et-Tûsî (ö. 505/1111).¹⁸⁰

52. **el-Müntekâ** (المنتقى): Ebü'l-Fazl Muhammed b. Muhammed b. Ahmed el-Mervezî el-Belhî el-Hâkim eş-Şehîd (ö. 334/945).¹⁸¹

53. **el-Asl** (الأصل): el-Mebsût olarak da bilinir. Ebû Abdillâh Muhammed b. el-Hasan b. Ferkad eş-Şeybânî (ö. 189/805).¹⁸²

54. **el-Câmiu's-sağîr** (الجامع الصغير): Ebû Abdillâh Muhammed b. el-Hasan b. Ferkad eş-Şeybânî (ö. 189/805).¹⁸³

55. **ez-Ziyâdât** (الزيادات): Ebû Abdillâh Muhammed b. el-Hasan b. Ferkad eş-Şeybânî (ö. 189/805).¹⁸⁴

¹⁷⁶ Kâtip Çelebi, *Keşfu'z-zünûn*, 1: 112; Leknevî, *el-Fevâidü'l-behiyye*, 124; Özel, *Hanefî Fıkıh Âlimleri*, 58.

¹⁷⁷ Kâtip Çelebi, *Keşfu'z-zünûn*, 1: 262; Leknevî, *el-Fevâidü'l-behiyye*, 15; Özel, *Hanefî Fıkıh Âlimleri*, 94.

¹⁷⁸ Kâtip Çelebi, *Keşfu'z-zünûn*, 1: 11; Leknevî, *el-Fevâidü'l-behiyye*, 36; Özel, *Hanefî Fıkıh Âlimleri*, 51-52.

¹⁷⁹ Kâtip Çelebi, *Keşfu'z-zünûn*, 2: 2008-2009.

¹⁸⁰ Kâtip Çelebi, *Keşfu'z-zünûn*, 2: 2002-2004.

¹⁸¹ Kâtip Çelebi, *Keşfu'z-zünûn*, 2: 1851-1852; Leknevî, *el-Fevâidü'l-behiyye*, 185-186; Özel, *Hanefî Fıkıh Âlimleri*, 39-40.

¹⁸² Kâtip Çelebi, *Keşfu'z-zünûn*, 1: 108; Leknevî, *el-Fevâidü'l-behiyye*, 163; Özel, *Hanefî Fıkıh Âlimleri*, 24-25.

¹⁸³ Kâtip Çelebi, *Keşfu'z-zünûn*, 1: 561-564; Leknevî, *el-Fevâidü'l-behiyye*, 163; Özel, *Hanefî Fıkıh Âlimleri*, 24-25.

¹⁸⁴ Kâtip Çelebi, *Keşfu'z-zünûn*, 2: 962-964; Leknevî, *el-Fevâidü'l-behiyye*, 163; Özel, *Hanefî Fıkıh Âlimleri*, 24-25.

56. el-Câmiu'l-kebîr (الجامع الكبير): Ebû Abdillâh Muhammed b. el-Hasan b. Ferkad eş-Şeybânî (ö. 189/805).¹⁸⁵

57. es-Siyerü'l-kebîr (السير الكبير): Ebû Abdillâh Muhammed b. el-Hasan b. Ferkad eş-Şeybânî (ö. 189/805).¹⁸⁶

58. el-Fetâva'l-Attâbiyye (الفتاوى العتابي): Ebû Nasr (Ebû'l-Kâsım) Zeynüddîn Ahmed b. Muhammed b. Ömer el-Attâbî el-Buhârî (ö. 586/1190).¹⁸⁷

59. er-Ravza fi'l-fürû (الروضة في الفروع): Ebû'l-Abbâs Ahmed b. Muhammed b. Ömer en-Nâtîfî et-Taberî (ö. 446/1054).¹⁸⁸

60. Münyetü'l-müftî (منية المفتي): Yusuf b. Ebi Said Ahmed es-Sicistânî (ö. 639/1240).¹⁸⁹

61. el-Fetâva'l-Velvâliciyye (الفتاوى الولوالجية): Ebû'l-Feth Zahîrüddîn Abdürreşîd b. Ebî Hanîfe b. Abdirrezzâk el-Velvâlicî (540/1146'dan sonra).¹⁹⁰

62. el-Câmi fi'l-fihh (الجامع في الفقه): Ebû Abdillâh (Ebû Hayyân) İsmâîl b. Hammâd b. Ebî Hanîfe Numân el-Kûfî (ö. 212/827).¹⁹¹

63. Zâdü'l-fukahâ (زاد الفقهاء):¹⁹² Muhammed b. Ahmed el-İsbîcâbî.¹⁹³

64. Şerhu Muhtasari't-Tahâvî (شرح مختصر الطحاوي): Ebû Bekr Ahmed b. Alî er-Râzî (370/981).¹⁹⁴

65. el-Mühezzeb fi fikhi'l-İmâm eş-Şâfi'î (المهذب في فقه الإمام الشافعي): Ebû İshâk Cemâlüddîn İbrâhîm b. Alî b. Yûsuf eş-Şîrâzî (ö. 476/1083).¹⁹⁵

¹⁸⁵ Kâtip Çelebi, *Keşfu'z-zünûn*, 1: 570-571; Leknevî, *el-Fevâidü'l-behiyye*, 163; Özel, *Hanefî Fıkıh Âlimleri*, 24, 26.

¹⁸⁶ Kâtip Çelebi, *Keşfu'z-zünûn*, 2: 1013-1014; Leknevî, *el-Fevâidü'l-behiyye*, 163; Özel, *Hanefî Fıkıh Âlimleri*, 24, 26.

¹⁸⁷ Leknevî, *el-Fevâidü'l-behiyye*, 36; Özel, *Hanefî Fıkıh Âlimleri*, 83.

¹⁸⁸ Leknevî, *el-Fevâidü'l-behiyye*, 36; Özel, *Hanefî Fıkıh Âlimleri*, 51-52.

¹⁸⁹ Kâtip Çelebi, *Keşfu'z-zünûn*, 2: 1887; Özel, *Hanefî Fıkıh Âlimleri*, 101-102.

¹⁹⁰ Kâtip Çelebi, *Keşfu'z-zünûn*, 2: 1230; Leknevî, *el-Fevâidü'l-behiyye*, 94; Özel, *Hanefî Fıkıh Âlimleri*, 71-72.

¹⁹¹ Özel, *Hanefî Fıkıh Âlimleri*, 14.

¹⁹² Kâtip Çelebi, *Keşfu'z-zünûn*, 2: 1632; İsmail Paşa Bağdadî, *Hediyetü'l-ârifin*, 2: 105-106; İbn Kutluboga, *Tâcü't-terâcim*, 256-257.

¹⁹³ Altıncı yüzyılın sonlarında vefat ettiği tahmin ediliyor.

¹⁹⁴ Leknevî, *el-Fevâidü'l-behiyye*, 27; Özel, *Hanefî Fıkıh Âlimleri*, 44-45.

¹⁹⁵ Bilal Aybakan, "Şîrâzî, Ebû İshak", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2010), 39: 185.

66. **el-Muharrer fî fûrû‘i‘ş-Şâfiyye** (المحرر في فروع الشافعية): Ebü‘l-Kâsım Abdülkerîm b. Muhammed b. Abdilkerîm er-Râfî el-Kazvîni (ö. 623/1226).¹⁹⁶

67. **Şerhu‘l-Câmi‘i‘s-sağîr** (شرح الجامع الصغير): Ebü‘l-Mehâsin Fahrüddîn Hasan b. Mansûr b. Mahmûd el-Özkendî el-Fergânî (ö. 592/1196).¹⁹⁷

68. **Kitâbü‘l-Emâlî** (كتاب الأمالي): Ebü Yûsuf Yakûb b. İbrâhîm b. Habîb b. Sa‘d el-Kûfî (ö. 182/798).¹⁹⁸

69. **Şerhu‘l-Câmii‘s-sağîr** (شرح الجامع الصغير): Ebü‘l-Leys İmâmü‘l-hüdâ Nasr b. Muhammed b. Ahmed b. İbrâhîm es-Semerkindî (ö. 373/983).¹⁹⁹

70. **Muhtelefü‘r-rivâye** (مختلف الرواية): Ebü‘l-Leys İmâmü‘l-hüdâ Nasr b. Muhammed b. Ahmed b. İbrâhîm es-Semerkindî (ö. 373/983).²⁰⁰

71. **el-Fetâva‘n-Nesefiyye** (الفتاوى النسفية): Ebü Hafs Necmüddîn Ömer b. Muhammed b. Ahmed en-Nesefî es-Semerkindî (ö. 537/1142).²⁰¹

72. **Şerhu‘l-Camii‘l-kebir** (شرح الجامع الكبير): Ebü‘l-Mehâsin Fahrüddîn Hasan b. Mansûr b. Mahmûd el-Özkendî el-Fergânî (ö. 592/1196).²⁰²

73. **el-Fetâva‘s-suğrâ** (الفتاوى الصغرى): Ebü Hafs (Ebü Muhammed) Hüsâmüddîn es-Sadrü‘ş-şehîd Ömer b. Abdilazîz b. Ömer b. Mâze el-Buhârî (ö. 536/1141).²⁰³

74. **Fetâvâ (Fetâvâ Ebi‘l-Fazl)** (فتاوى أبي الفضل): Ebü‘l-Fazl Rüknuddîn Abdurrahmân b. Muhammed b. Emîrveyh el-Kirmânî (ö. 543/1149).²⁰⁴

¹⁹⁶ Bilal Aybakan, “Râfî, Abdülkerîm b. Muhammed”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2007), 34: 395.

¹⁹⁷ Leknevî, *el-Fevâidü‘l-behiyye*, 64; Ahmet Özel, “Kâdihan”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2001), 24: 123.

¹⁹⁸ Salim Ögüt, “Ebü Yûsuf”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 1994), 10: 264.

¹⁹⁹ Leknevî, *el-Fevâidü‘l-behiyye*, 45; Özel, *Hanefî Fıkıh Âlimleri*, 45-46.

²⁰⁰ Leknevî, *el-Fevâidü‘l-behiyye*, 45; Özel, *Hanefî Fıkıh Âlimleri*, 45-46.

²⁰¹ Leknevî, *el-Fevâidü‘l-behiyye*, 149; Özel, *Hanefî Fıkıh Âlimleri*, 66, 68.

²⁰² Leknevî, *el-Fevâidü‘l-behiyye*, 64; Özel, “Kâdihan”, 24: 123.

²⁰³ Kâtip Çelebi, *Keşfu‘z-zünûn*, 2: 1224-1225; Özel, “Sadrüşşehîd”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2008), 35:426.

²⁰⁴ Kâtip Çelebi, *Keşfu‘z-zünûn*, 2: 1220; Leknevî, *el-Fevâidü‘l-behiyye*, 92; Yaşaroğlu, “Kirmânî, Rükneddin”, 26:65.

75. **Şerhi'l-Vikâye (شرح الوقاية)**: Alâeddin Ali Esved (ö. 800/1397).²⁰⁵
76. **el-Fusûl fi'l-muâmelât (الفصول في المعاملات)**: Ebü'l-Feth Mecdüddîn Muhammed b. Mahmûd b. el-Hüseyn b. Ahmed el-Üsrûşenî (ö. 637/1240'tan sonra).²⁰⁶
77. **el-Mebsût (المبسوط)**: Ebû Bekr b. Muhammed b. Hüseyin b. Muhammed el-Buhârî (ö. 483/1090).²⁰⁷
78. **Şerhu Muhtasari'l-Kudûrî (شرح مختصر القُدوري)**: Ebû Nasr Ahmed b. Muhammed b. Muhammed el-Akta' el-Bağdâdî (ö. 474/1081).²⁰⁸
79. **Şerhu'l-Câmii's-sağîr (شرح الجامع الصغير)**: Ebû Bekr b. Muhammed b. Hüseyin b. Muhammed el-Buhârî (ö. 483/1090).²⁰⁹
80. **el-Mücerred fi'l-furû' (المجرد في الفروع)**: Ebü'l-Kâsım İsmail b. Hüseyin (Hasan) b. Abdullah el-Beyhakî (ö. 402/1011).²¹⁰
81. **Şerhu'l-Camii'l-kebir (شرح الجامع الكبير)**: Ebû Bekr b. Muhammed b. Hüseyin b. Muhammed el-Buhârî (ö. 483/1090).²¹¹
82. **Mecmû'u'n-nevâzil ve'l-havâdis ve'l-vâkıât (مجموع النوازل والحوادث والواقعات)**: Ahmed b. Musa b. İsa el-Keşşî (ö. 550/1155'den sonra).²¹²
83. **el-Fevâidü't- Tâciyye (الفوائد التاجية)**: Ebû Abdillâh Tâcüşşerîa Ömer b. Sadrişşerîa el-Evvel Ubeydillâh b. Mahmûd el-Mahbûbî el-Buhârî (ö. 709/1309).²¹³

²⁰⁵ Kâtip Çelebi, *Keşfu'z-zünûn*, 1: 211; 2: 2021; Leknevî, *el-Fevâidü'l-behiyye*, 116; Özel, "Alâeddin Ali Esved", 2:319.

²⁰⁶ Kâtip Çelebi, *Keşfu'z-zünûn*, 2: 1381, 1721; Leknevî, *el-Fevâidü'l-behiyye*, 93; Murteza Bedir, "Üsrûşenî", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2012), 42:392-393.

²⁰⁷ Kâtip Çelebi, *Keşfu'z-zünûn*, 2: 1580, 1581; Leknevî, *el-Fevâidü'l-behiyye*, 163-164; Özel, *Hanefî Fıkıh Âlimleri*, 58-59.

²⁰⁸ Kâtip Çelebi, *Keşfu'z-zünûn*, 2: 1631; Leknevî, *el-Fevâidü'l-behiyye*, 40; Özel, *Hanefî Fıkıh Âlimleri*, 55-56.

²⁰⁹ Kâtip Çelebi, *Keşfu'z-zünûn*, 1: 352; Leknevî, *el-Fevâidü'l-behiyye*, 163-164; Özel, *Hanefî Fıkıh Âlimleri*, 58.

²¹⁰ Kâtip Çelebi, *Keşfu'z-zünûn*, 2: 1024, 1498, 1632; Özel, *Hanefî Fıkıh Âlimleri*, 47.

²¹¹ Kâtip Çelebi, *Keşfu'z-zünûn*, 1: 352; Leknevî, *el-Fevâidü'l-behiyye*, 163-164; Özel, *Hanefî Fıkıh Âlimleri*, 58.

²¹² Kâtip Çelebi, *Keşfu'z-zünûn*, 2: 1606; Leknevî, *el-Fevâidü'l-behiyye*, 42; Özel, *Hanefî Fıkıh Âlimleri*, 74.

²¹³ Kâtip Çelebi, *Keşfu'z-zünûn*, 1: 37; 2: 1997, 2020, 2032-2033; Leknevî, *el-Fevâidü'l-behiyye*, 110-111; Özel, *Hanefî Fıkıh Âlimleri*, 121-122.

84. el-İhtiyâr li-ta‘lîl-i-Muhtâr (الاختيار لتعليل المختار): Ebü'l-Fazl Mecdüddîn Abdullâh b. Mahmûd b. Mevdûd el-Mevsilî (ö. 683/1284).²¹⁴

85. Şerhu'l-Câmi‘i's-saġîr (شرح الجامع الصغير): Ebû Bekr Şemsü'l-eimme Muhammed b. Ebî Sehl Ahmed es-Serahsî (ö. 483/1090 [?]).²¹⁵

86. Nevâdirü'l-mesâ‘il (نوادير المسائل): Ebû Abdillâh Muhammed b. Semâa b. Ubeydillâh et-Temîmî el-Kûfî (ö. 233/848).²¹⁶

87. Câmiu'l-Mahbûbî (جامع المحبوبي): Sadrişşerîa es-Sânî Ubeydullah b. Mes‘ûd b. Tâcişşerîa Ömer b. Sadrişşerîa el-Evvel Ubeydillah b. Mahmûd el-Mahbûbî el-Buhârî (ö. 747/1346).²¹⁷

88. el-Fevâidi'l-Burhaniyye (الفوائد البرهانية): Burhânüddîn (Burhânü'ş-Şerîa) Mahmûd b. Ahmed b. Abdilazîz el-Buhârî el-Merginânî (ö. 616/1219).²¹⁸

89. el-Mebsûtu'l-Bekrî (المبسوط البكري): Ebû Bekr b. Muhammed b. Hüseyin b. Muhammed el-Buhârî (ö. 483/1090).²¹⁹

90. el-Fevâidü'z-Zahîriyye (الفوائد الظهيرية): Ebû Bekr Zahîruddin b. Ahmed b. Ömer el-Buhârî (ö. 619/1222).²²⁰

91. es-Siyerü'l-kebîr (السير الكبير): Ebû Abdillâh Muhammed b. el-Hasan b. Ferkad eş-Şeybânî (ö. 189/805).²²¹

Özellikle bazı kaynakları daha yoğun bir şekilde kullanmış ve bol miktarda atıfta bulunmuştur. Aşağıdaki tabloda bu eserler atıf miktarlarıyla birlikte gösterilmiştir:

²¹⁴ Kâtip Çelebi, *Keşfu'z-zünûn*, 2: 1622; Leknevî, *el-Fevâidü'l-behiyye*, 106; Özel, *Hanefî Fıkıh Âlimleri*, 113-114.

²¹⁵ Leknevî, *el-Fevâidü'l-behiyye*, 158; Özel, *Hanefî Fıkıh Âlimleri*, 59-60.

²¹⁶ Kâtip Çelebi, *Keşfu'z-zünûn*, 2: 1981; Leknevî, *el-Fevâidü'l-behiyye*, 170; Özel, *Hanefî Fıkıh Âlimleri*, 31.

²¹⁷ Kâtip Çelebi, *Keşfu'z-zünûn*, 1: 564; İsmail Paşa Bağdadi, *Hediyetü'l-ârifin*, 1: 649; Leknevî, *el-Fevâidü'l-behiyye*, 172.

²¹⁸ Mustafa Uzunpostalcı, “Burhâneddin el-Buhârî”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 1992), 6:435-437.

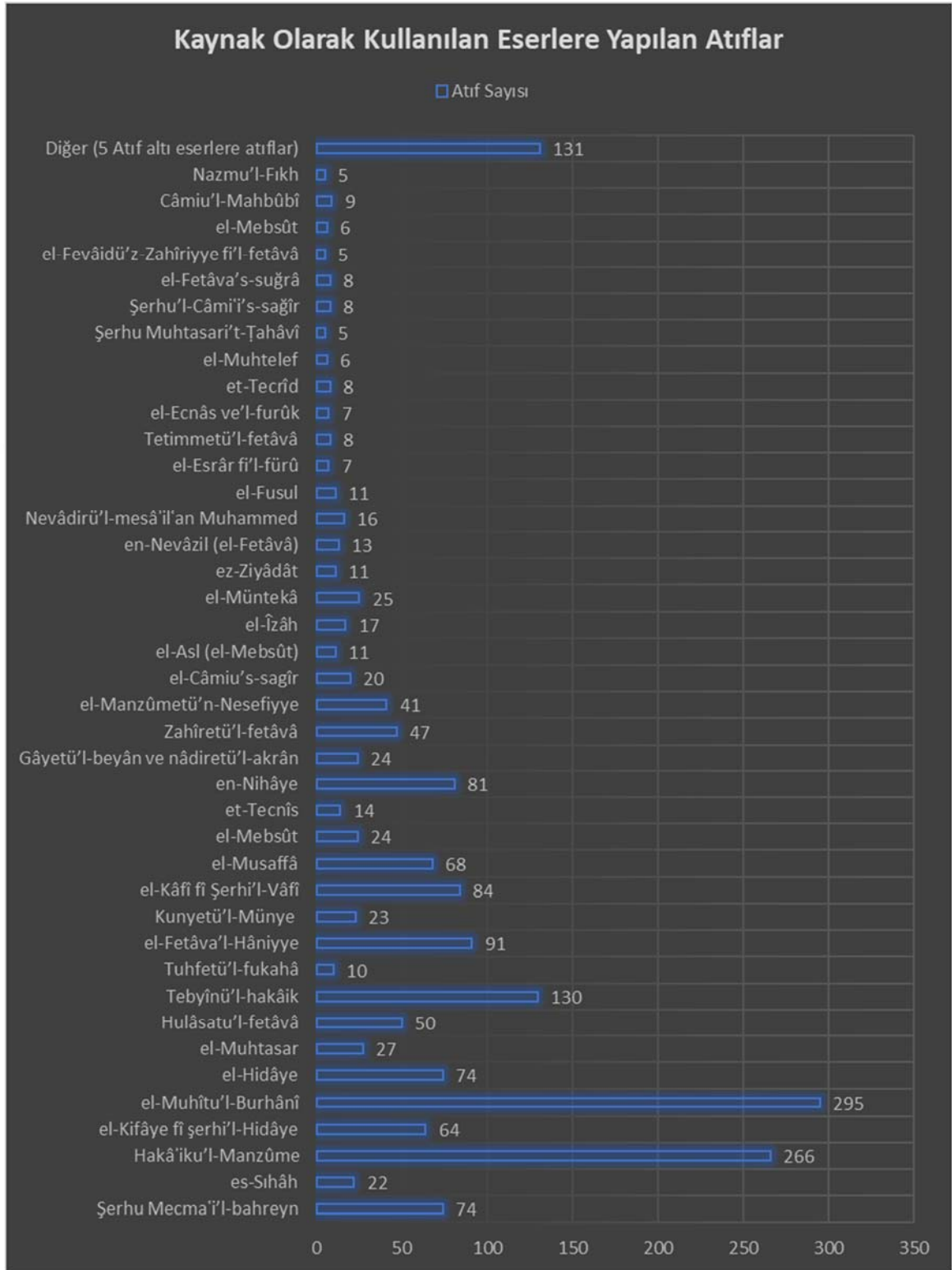
²¹⁹ Kâtip Çelebi, *Keşfu'z-zünûn*, 1: 352; İsmail Paşa Bağdadi, *Hediyetü'l-ârifin*, 2: 76; Leknevî, *el-Fevâidü'l-behiyye*, 163-164; Özel, *Hanefî Fıkıh Âlimleri*, 58-59.

²²⁰ Kâtip Çelebi, *Keşfu'z-zünûn*, 2: 1226; Leknevî, *el-Fevâidü'l-behiyye*, 122, 156-157; İsmail Paşa Bağdadi, *Hediyetü'l-ârifin*, 2: 111; Özel, *Hanefî Fıkıh Âlimleri*, 98.

²²¹ Leknevî, *el-Fevâidü'l-behiyye*, 163; Özel, *Hanefî Fıkıh Âlimleri*, 24, 25.



Aşağıdaki iki tabloda ise bütün kitapların atıf sayısı gösterilmiştir:



	Kitap	Müellif	Atf
1	Şerhu Mecmai'l-bahreyn	İbnü's-Sââtî (ö. 694/1295)	74
2	es-Sihâh	el-Cevherî (ö. 400/1009)	22
3	el-Keşşâf	Zemahşerî'nin (ö. 538/1144)	3
4	Hulâsatü'l-vesâil	el-Gazzâlî et-Tûsî (ö. 505/1111)	2
5	Hakâ'iku'l-Manzûme	el-Buhârî el-Lü'lûî (ö.671/1272)	266
6	el-Kifâye fi şerhi'l-Hidâye	el-Habbâzî (ö. 691/1292)	64
7	el-Muhîtu'l-Burhânî	el-Buhârî (ö. 536/1141)	295
8	el-Hidâye	el-Merginânî (ö. 593/1197)	74
9	el-Muhtasar	el-Kudûrî (428/1037)	27
10	Hulâsatu'l-fetâvâ	Abdurreşid el-Buhârî (542/1147)	50
11	Zâdü'l-fukahâ	el-İsbîcâbî (?)	1
12	Tebyînü'l-hakâik	ez-Zeylaî (ö. 743/1343)	130
13	Tuhfetü'l-fukahâ	es-Semerkandî (ö. 539/1144)	10
14	el-Fetâva'l-Hâniyye	Kâdîhân (ö. 592/1196)	91
15	Kunyetü'l-Münye	ez-Zâhidî (ö. 658/1260)	23
16	el-Kâfî fi Şerhi'l-Vâfî	en-Nesefî (ö. 710/1310)	84
17	el-Musaffâ	en-Nesefî (ö. 710/1310)	68
18	el-Mebsût	es-Serahsî (ö. 483/1090 [?])	24
19	el-Esrâr fi'l-fürû	Debûsî (ö. 430/1039)	7
20	et-Tecnîs	el-Merginânî (ö. 593/1197)	14
21	Uyûnü'l-mesâil	es-Semerkandî (ö. 373/983)	5
22	en-Nihâye	es-Siğnâki (ö. 714/1314)	81
23	el-Yenâbi'	er-Rûmî (ö.616)	2
24	Tetimmetü'l-fetâvâ	el-Merginânî (ö. 616/1219)	8

25	Gâyetü'l-beyân	el-İtkânî (ö. 758/1357)	24
26	et-Takrîb	el-Kudûrî (428/1037)	2
27	el-Înâye	el-Bâbertî (ö. 786/1384)	4
28	Zahîretü'l-fetâvâ	el-Merginânî (ö. 616/1219)	47
29	el-Manzûmetü'n-Nesefiyye	en-Nesefî'nin (ö. 537/1142)	41
30	Şerhu'l-Camii'l-kebir	el-Pezdevî (ö. 482/1089)	2
31	Şerhu'l-Câmii's-sağîr	et-Timurtâşî (601/1205)	2
32	Şerhu'l-Câmii's-sağîr	el-Pezdevî (ö. 482/1089)	2
33	el-Ecnâs ve'l-furûk	en-Nâtîfî et-Taberî (ö. 446/1054)	7
34	el-Câmiu's-sağîr	eş-Şeybânî (ö. 189/805)	20
35	Kenzü'd-dekâik	en-Nesefî (ö. 710/1310)	2
36	el-Vasît	el-Gazzâlî et-Tûsî (ö. 505/1111)	4
37	el-Asl (el-Mebsût)	eş-Şeybânî (ö. 189/805)	11
38	el-Îzâh	el-Kirmânî (543/1149)	17
39	el-Müntekâ	el-Hâkim eş-Şehîd (ö. 334/945)	25
40	ez-Ziyâdât	eş-Şeybânî (ö. 189/805)	11
41	el-Fetâva'l-Attâbiyye	el-Attâbî el-Buhârî (ö. 586/1190)	1
42	el-Müstasfâ	en-Nesefî (ö. 710/1310)	2
43	Hizânetü'l-fikh	es-Semerkindî (ö. 373/983)	1
44	er-Ravza fi'l-fürû'	en-Nâtîfî et-Taberî (ö. 446/1054)	3
45	el-Müctebâ	ez-Zâhidî (ö. 658/1260)	1
46	Münyetü'l-müftî	Siciztânî (ö.639/1240)	1
47	Mirâcü'd-dirâye	el-Kâkî (ö. 749/1348)	2
48	el-Muğrib fi tertîbi'l-Mu'rib	el-Mutarrizî (ö. 610/1213)	3
49	et-Tecrîd	el-Kudûrî (428/1037)	8

50	el-Vecîz	el-Gazzâlî et-Tûsî (ö. 505/1111)	4
51	el-Câmi' fi'l-fıkh	İsmâîl b. Hammâd (ö. 212/827)	3
52	el-Fetâva'l-Velvâliciyye	el-Velvâlicî (ö. 540/1146)	3
53	en-Nevâzil (el-Fetâvâ)	es-Semerkindî (ö. 373/983)	13
54	Muhtelefü'r-rivâye	es-Semerkindî (ö. 373/983)	6
55	Şerhu Muhtasari't-Ṭahâvî	Ebû Bekr el-Cessâs (370/981)	5
56	Bedâ'i' u's-sanâ'i'	el-Kâsânî (ö. 587/1191)	4
57	el-Mühezzeb	eş-Şîrâzî (ö. 476/1083)	2
58	el-Muharrer fi fûrû'i's-Şâfi'iyye	er-Râfî el-Kazvînî (ö. 623/1226)	1
59	Hâvi'z-Zâhidi	ez-Zâhidî (ö. 658/1260)	2
60	Şerhu'l-Câmi'i's-sağîr	Kâdîhân (ö. 592/1196)	8
61	Kitâbü'l-Emâlî	Ebû Yûsuf (ö. 182/798)	3
62	Şerhu'l-Câmi'i's-sağîr	es-Semerkindî (ö. 373/983)	1
63	Fetâva'n-Nesefî	en-Nesefî (ö. 537/1142)	1
64	Şerhu'l-Câmi'i'l-kebir	Kâdîhân (ö. 592/1196)	3
65	el-Fetâva's-suğrâ	Mâze el-Buhârî (ö. 536/1141)	8
66	Fetâvâ (Fetâvâ Ebi'l-Fazl)	el-Kirmânî (ö. 543/1149)	1
67	el-Fevâidü'z-Zahîriyye	Ömer el-Buhârî (619/1222)	5
68	el-Câmi'u'l-kebir	eş-Şeybânî (ö. 189/805)	2
69	Esâsü'l-belâğa	ez-Zemahşerî (ö. 538/1144)	1
70	Şerhi'l-Vikâye	Ali Esved (ö. 800/1397)	1
71	el-Fusûl fi'l-mu'âmelât	el-Üsrüşenî (ö. 637/1240)	1
72	el-Mebsût	Hâherzâde el-Buhârî (ö.483/1090)	6
73	Şerhu Muhtasari'l-Kudûrî	el-Akta' (ö.474/1081)	2
74	Şerhu'l-Câmi'i's-sağîr	Hâherzâde el-Buhârî (ö.483/1090)	1

75	el-Mücerred fi'l-furû'	El-Beyhaki (ö.402/1011)	1
76	Şerhu'l-Camii'l-kebir	Hâherzâde el-Buhârî (ö.483/1090)	1
77	el-Câmi'u's-sahîh	Müslim el-Kuşeyrî (ö. 261/875)	1
78	el-Câmi'u's-sahîh	el-Buhârî (ö. 256/870)	1
79	Mecmû'u'n-nevâzil	Keşşi (ö. 550/1155 sonra)	1
80	el-Vâfi	en-Nesefî (ö. 710/1310)	2
81	es-Siyerü'l-kebir	eş-Şeybânî (ö. 189/805)	1
82	el-Fevâidü't- Tâciyye	Tâcüşşerîa el-Buhârî (ö.709/1309)	1
83	el-İhtiyâr li-ta'lîli'l-Muhtâr	el-Mevsilî (ö. 683/1284)	3
84	Şerhu'l-Câmi'i's-sağîr	es-Serahsî (ö. 483/1090 [?])	1
85	es-Siyerü'l-kebir	eş-Şeybânî (ö. 189/805)	2
86	el-Minhâc	en-Nevevî (ö. 676/1277)	1
87	Nevâdirü'l-mesâ'il	et-Temîmî el-Kûfî (ö. 233/848)	16
88	el-Mufassal fi sînâ'ati'l-i'râb	ez-Zemahşerî (ö. 538/1144)	1
89	Câmiu'l-Mahbûbî	el-Mahbubî el-Buhârî (ö. 630)	9
90	el-Fevâidi'l-Burhaniyye	el-Merginânî (ö. 616/1219)	2
91	el-Mebsûtu'l-Bekrî	Hâherzâde el-Buhârî (ö.483/1090)	1

Bilgisi Bulunmayan Kitaplar

92	Şerhu'l-Câmi'i's-sağîr		1
93	Şerhu'l-Kudûrî		2
94	Fetâvi's-şâzî		1
95	el-Muğnî		3
96	el-Fevâidü'l-Hamîdiyye		1
97	Câmiu'l-Pezdevî		1
98	Nazmu'l-İmam'il-Pezdevî		1

99	Nazmu'z-Zendusutî		1
100	Nazmu'l-Fıkh		5
101	el-Fevâid		2
102	Şerhu'l-eser		1
103	Tekmile		1
104	Fetâvâ'l-Aftus		1
105	el-Fusul		11
106	el-Bedriyye		1
107	el-Vâkıât		1
108	el-Câmii'l-Pezdevi		1
109	el-Câmii'l-Burhaniyye		2
110	el-Câmi'		3
111	el-Mebhut'ul-Kübrâ		1
112	el-Müşkilât		1
113	el-Fevâidü'n-Naciye		1
114	Fetâvâ'l-Vebari		1
115	El-Fetâvâ		1
116	Münyetü'l-fukahâ		1

2.2.6. İbn Melek ile İbnü's-Sââtî Şerhlerinin Mukayesesi

İbn Melek ve İbnü's-Sââtî fakih ve usulcü oldukları için eserlerine bu özelliklerini yansıtmışlardır. Metod olarak büyük ölçüde birbirine benzemektedir.

İbnü's-Sââtî'nin şerhi İbn Melek şerhine göre yaklaşık iki kat daha uzundur.

İbn Melek şerhinde Osmanlı/Acem âlimlerinin mümeyyiz vasfı olan dilbilimsel açıklama ve ilaveler daha fazladır.

İbn Melek *mezci (memzûc)* şerh metodunu kullanmıştır. Şerhlerin genelde iki türü vardır. Birincisi bir cümlenin ve meselenin tamamını zikreder sonra ne anlatmak istediğini açıklar. İkinci türü ise *mezci* denilen şerh türüdür. Bazen bir cümle, bazen bir kelime alınarak şerhedilerek kitap oluşturulur. Bundan dolayı da bir kelimenin irabı metinde farklı, şerhte farklı olabilir. İbnü's-Sââtî ise, şerhini mezci yolla değil bir meseleyi veya bir cümleyi ele alarak yazmıştır.

İbn Melek'in şerhi İbnü's-Sââtî'nin şerhine göre daha fazla rağbet görmüştür. Bunu Türkiye kütüphanelerindeki yazma sayıları da açıkça göstermektedir.

İbnü's-Sââtî kendi eserini şerhettiğinden metinde bir problem yoktur. Ancak İbn Melek'in şerh esnasında elinde bulunan metin muhtemelen değişikliğe uğramış bir metindir. Bu durum, İbnü's-Sââtî'nin *Mecmau'l-bahreyn* nüshasından istinsah edilmiş nüsha ile İbn Melek şerhinde esas alınan nüshayı karşılaştırdığımız zaman ortaya çıkmaktadır. Hatta İbn Melek'in şerh esnasında *Mecmau'l-bahreyn* metninde yaptığı bir tashihi İbnü's-Sââtî'nin orjinal metnindekiyle aynı olduğu görülmektedir.

2.2.7. İbn Melek Şerhi Üzerine Yapılan Çalışmalar

İbn Melek'in *Mecmau'l-bahreyn* üzerine yaptığı şerh en çok rağbet gören şerh olmasına rağmen üzerine fazla bir çalışma yapılmamıştır. Tespit edebildiğimiz tek çalışma bir hâşiyedir. Ebü'l-Adl Zeynüddîn (Şerefüddîn) Kâsım b. Kutluboğa b. Abdillâh es-Sûdûnî el-Cemâlî el-Mısırî (ö. 879/1474) İbn Melek şerhi üzerine bir haşiye yazmıştır. Kâsım b. Kutluboğa bu haşiyeyi İbn Melek'in şerhini okuturken yazmıştır.

Bu haşiyenin Türkiye kütüphanelerinde tespit edebildiğimiz nüshaları şunlardır:

1. Topkapı Sarayı Ahmet III, Demirbaş Numarası:1043. 199 varak. Asıl nüshadan hicri 1006 yılında istinsah edilmiştir.
2. Beyazıd Genel Kitaplığı, Demirbaş Numarası: 2492. 205 varak.
3. Millet Genel Kütüphanesi Feyzullah Efendi. Demirbaş Numarası: 707. 220 varak.

4. Millet Genel Kütüphanesi Feyzullah Efendi. Demirbaş Numarası: 708. 185 varak.
5. Süleymaniye Kütüphanesi Hacı Beşir Ağa, Demirbaş Numarası: 228. 205 varak.
6. Süleymaniye Kütüphanesi Şehid Ali Paşa, Demirbaş Numarası: 750. 228 varak.

Her altı nüsha da incelendiğinde tamamında aşağıdaki bölümlerin olmadığı görülmektedir:

- Haşiyede Kitâbu's-salât, Kitâbu'z-zekât, Kitâbu's-savm, Kitâbu'l-hac, Kitâbu'l-buyû, Kitâbu'r-rehn, Kitâbu'l-hacr, Kitâbu'l-me'zûn, Kitâbu'l-ikrâr, Kitâbu'l-icâre, Kitâbu'ş-şuf'a, Kitâbu'ş-şerike, Kitâbu'l-mudârebe kısımları yoktur.
- Faslun fi Talâki'-Fâr'dan kitabu'l-cinayete kadar yoktur.
- Faslun fi'l-kasâme'den itibaren Kitâbu'l-cinâyât kadar ve Kitâbu't-diyât, Kitâbu'l-hudûd, Kitâbu's-sayd ve'z-zebâih, Kitâbu'l-udhiye, Kitâbu'l-eymân, Kitâbu edebi'l-kâdî, Kitâbu'd-da'vâ, Kitâbu'ş-şehâdât, Kitâbu'r-rucû an'ş-şehâdât, Kitâbu'l-kısmet, Kitâbu'l-ikrâh yoktur.
- Kitâbu's-siyer ise faslun fil'buğat'a kadar yoktur.
- Kitâbu'l-Vesâyâ'nın başı eksiktir.

Bu kısımların olmaması şu ihtimallerden dolayıdır:

1. Kâsım b. Kutluboğa farklı farklı zamanlarda okutmuştur.
2. Sadece nüshada bulunan kısımları okutmuştur.
3. Türkiye'deki nüshalar bu kısımları eksik bir nüshadan istinsah edilmiştir.

Son ihtimal zayıf bir ihtimaldir. Çünkü ilk sıradaki 'Topkapı Sarayı Ahmet III' nüshasında müstensih ana nüshadan istinsah ettiğini söylemektedir.

2.2.8. Fıkıh Literatüründeki Yeri

İbn Melek, şerhinde meseleleri yalnızca şerh ve izah etmekle yetinmemiş, her birinin dayandığı delil ve gerekçeyi zikretmiştir. Böylece bu alanda eğitim alan kişiler fikhi meseleleri dayandıkları delil ve gerekçelerle birlikte öğrenme imkânı bulmuşlardır.

İbn Melek'ten sonra yazılan birçok kitap *Şerhu Mecmai'l-Bahreyn*'e atıfta bulunmuştur. Kanaatimizce fıkıh kitaplarında “Şerhu'l-Mecma” kayıtsız şekilde zikredildiği zaman bundan İbn Melek'in şerhi anlaşılmaktadır. Atıfta bulunan bazı Hanefî fıkıh kitaplarını örnek cinsinden zikretmek gerekirse:

1. Çivizâde Muhyiddin Mehmed Efendi (ö. 954/1547), *el-İsâr li-halli'l-Muhtâr* (nşr. İlyas Kaplan, I-IV, İstanbul 1437/2016). 130 atıfta bulunmuştur.
2. Ebü'l-Abbas Şehâbeddin Ahmed b. Muhammed eş-Şelebî (ö. 1021): *Tebyînü'l-hakâik haşiyesi*.
3. Ebü'l-Hasan Nûrüddîn Alî b. Sultân Muhammed el-Kârî el-Herevî (ö. 1014/1605): *Fethu bâbi'l- inâye*.
4. Kemâlüddîn Muhammed b. Abdilvâhid b. Abdilhamîd es-Sivâsî el-İskenderî (ö. 861/1457): *Fethu'l-kadîr*.
5. Ebü'l-İhlâs Hasan b. Ammâr b. Alî eş-Şürünlâlî el-Vefâî el-Mısırî (ö. 1069/1659): *Gunyetü zevi'l-ahkâm fî bugyeti Düreri'l-hükkâm*. 121 defa atıf yapmıştır.
6. İbn Nüceym Zeynüddîn b. İbrâhîm b. Muhammed el-Mısırî (ö. 970/1563): *el-Bahrü'r-râ'ik*. Şerhe en fazla atfta bulunan alimlerdenidir.
7. İbn Nüceym Sirâcüddîn Ömer b. İbrâhîm b. Muhammed el-Mısırî (ö. 1005/1596): *en-Nehrü'l-fâ'ik*.
8. İbrâhîm b. Muhammed el-Halebî (ö. 956/1549): *Mecma'u'l-enhur*.
9. Alâüddîn Muhammed b. Alî b. Muhammed el-Haskefî ed-Dımaşkî (1088/1677): *ed-Dürrü'l-muhtâr*.

10. Ahmed b. Muhammed b. İsmâil ed-Dûkâtî et-Tahtâvî (ö. 1231/1816): *Hâşiye 'ale'd-Dürri'l-muhtâr.*

11. İbn Âbidin, Muhammed Emîn b. Ömer b. Abdilazîz el-Hüseynî ed-Dımaşkî (ö. 1252/1836): *Reddü'l-muhtâr 'ale'd-Dürri'l-muhtâr.* 134 defa atıfta bulunmuştur.



ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ESERİN EDİSYON KRİTİĞİ

3.1. Kitabın Yazma Nüshaları

Aşağıda tabloda verilen ülkemiz kütüphanelerinde bulunan nüshaların tamamı tarafımızca incelenmiştir ve tahkikte esas alınacak nüshalar bu şekilde belirlenmiştir:

	Koleksiyon Adı	Demirbaş	Bilgiler
1	Beyazıd/ Beyazıd	2097	308 varaktır. Hicri 828 tarihinde istinsah edilmiştir. Kitap tamdır ve mukabele edilmiştir. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.
2	Beyazıd/ Beyazıd	2099	260 varaktır. Eserin başından Kitabı'l-Vasiyye'nin sonuna kadardır. Metin kırmızı renkle yazılmıştır.
3	Beyazıd/ Beyazıd	2246	302 varaktır. Hicri 849 yılında Bursa'da istinsah edilmiştir. Kitap tamdır. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.
4	Beyazıd/ Beyazıd	2247	263 varaktır. Kitap tamdır. Metin kırmızı renkle yazılmıştır.
5	Beyazıd/ Beyazıd	2248	278 varaktır. Baştan Kitabı'l-Vakf'a kadardır. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.
6	Beyazıd/Beyazıd	2334	274 varaktır. Kitap tamdır. Hicri 887 yılında istinsah edilmiştir. Metin kırmızı renkle yazılmıştır.
7	Beyazıd/Beyazıd	2335	380 varaktır. Kitap tamdır. Hicri 1153 yılında Muhammed b. Şeyh Muhammed tarafından istinsah edilmiştir.
8	Beyazıd/Beyazıd	18851	255 varaktır. Kitap tamdır. Mukabele edilmiştir. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.
9	Beyazıd/Beyazıd	18865	323 varaktır. Kitap tamdır. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.
10	Beyazıd/Beyazıd	18866	259 varaktır. Kitap tamdır. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.

11	Beyazıd/Beyazıd	2006	49 varaktır. Baştan Kitabı's-Salat'ın sonuna kadardır. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.
12	Beyazıd/Veliyüddin Efendi	1215	279 varaktır. Kitap tamdır. Mustafa b. Abdurrahman tarafından Hicri 921 tarihinde istinsah edilmiştir. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.
13	Beyazıd/Veliyüddin Efendi	1217	243 varaktır. Hicri 890 yılında istinsah edilmiştir. Metin kırmızı renkle yazılmıştır.
14	Süleymaniye/Amcazade	202	287 varaktır. Kitap tamdır. Hicri 830 yılında Osman b. Alihan İlyas tarafından istinsah edilmiştir. Metin kırmızı renkle yazılmıştır.
15	Süleymaniye/Aşir Efendi	101	214 varaktır. Kitap tamdır. Hicri 836 yılında Karaca Ahmed b. Muhammed b. Ubeydullah Osmancıklı tarafından istinsah edilmiştir. Metin kırmızı renkle yazılmıştır.
16	Süleymaniye/Ayasofya	1258	284 varaktır. Kitap tamdır. Hicri 853 yılında Musa b. Mustafa el-Germiyani tarafından istinsah edilmiştir. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir. Bu nüsha mukabele edilmiştir. Başından sonuna kadar mukabele edilmiştir.
17	Süleymaniye/Ayasofya	1254	139 varaktır. Kitabın ikinci cildir. Kitabı'l-Vakf'tan eserin sonuna kadardır. Metin kırmızı renkle yazılmıştır.
18	Süleymaniye/Ayasofya	1256	297 varaktır. Kitabı'ş-Şuf'a'dan eserin sonuna kadardır. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.
19	Süleymaniye/Ayasofya	1255	247 varaktır. Kitap tamdır. Hicri 834 tarihinde istinsah edilmiştir. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.
20	Süleymaniye/Ayasofya	1383	321 varaktır. Kitap tamdır. Hicri 847 yılında İdris b. Muhammed b. Hoca tarafından istinsah

			edilmiştir. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.
21	Süleymaniye/Bağdatlı Vehbi	523	308 varaktır. Kitap tamdır. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.
22	Süleymaniye/Carullah	701	210 varaktır. Kitap tamdır. Hicri 1003 tarihinde istinsah edilmiştir. Metin kırmızı renkle yazılmıştır.
23	Süleymaniye/Carullah	805	377 varaktır. Kitap, baştan Kitabı'l-Hibe'nin sonuna kadardır. Hicri 955 tarihinde istinsah edilmiştir. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.
24	Süleymaniye/Carullah	700	258 varaktır. Kitap tamdır. Hicri 825 tarihinde istinsah edilmiştir. Metin kırmızı renkle yazılmıştır.
25	Süleymaniye/Damad İbrahim	555	316 varaktır. Kitap tamdır. Hicri 848 tarihinde İshak b. Davud tarafından istinsah edilmiştir. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.
26	Süleymaniye/Ayasofya	1257	329 varaktır. Kitap tamdır. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.
27	Süleymaniye/Bağdatlı Vehbi	485	314 varaktır. Eserin başından Öşür ve Harâc konusunun sonuna kadardır. Hicri 825 tarihinde istinsah edilmiştir. Metin kırmızı renkle yazılmıştır.
28	Süleymaniye/Bağdatlı Vehbi	522	378 varaktır. Kitap tamdır. İlyas b. İvad b. İshak tarafından istinsah edilmiştir. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.
29	Süleymaniye/Çorlulu Ali Paşa	204	329 varaktır. Kitap tamdır. Ali b. Muhammed tarafından istinsah edilmiştir. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.
30	Süleymaniye/Damad İbrahim	556	256 varaktır. Kitap tamdır. Hicri 849 tarihinde istinsah edilmiştir. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.
31	Süleymaniye/Damad İbrahim	557	324 varaktır. Kitap tamdır. Hicri 856 tarihinde istinsah edilmiştir. Mukabele edilmiştir. Metin kırmızı renkle yazılmıştır.

32	Süleymaniye/Erzincan	34	283 varaktır. Kitap tamdır. Hicri 769 tarihinde istinsah edilmiştir. Metin kırmızı renkle yazılmıştır.
33	Süleymaniye/Esad Efendi	906	300 varaktır. Kitap tamdır. Hicri 842 tarihinde istinsah edilmiştir. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.
34	Süleymaniye/Esad Efendi	754	442 varaktır. Kitabın mukaddime kısmı yoktur ancak kalan kısımlar tamdır. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.
35	Süleymaniye/Fatih	1760	263 varaktır. Kitap tamdır. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.
36	Süleymaniye/Fatih	1761	278 varaktır. Kitap tamdır. Hicri 820 tarihinde Fadlullah b. Giyaseddin b. Hayruddin tarafından istinsah edilmiştir.
37	Süleymaniye/Fatih	1762	249 varaktır. Kitap tamdır. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.
38	Süleymaniye/Fatih	1763	305 varaktır. Kitap tamdır. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.
39	Süleymaniye/Fatih	1764	142 varaktır. Kitabı'l-Hibe'den kitabın sonuna kadardır. Hicri 879 tarihinde Murad b. Osman tarafından istinsah edilmiştir. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.
40	Süleymaniye/Fatih	1765	277 varaktır. Kitap tamdır. Hicri 833 tarihinde Kasım b. Hacı Cintumur tarafından istinsah edilmiştir. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.
41	Süleymaniye/Fatih	1766	257 varaktır. Kitap tamdır. Hicri 800 tarihinde istinsah edilmiştir. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.
42	Süleymaniye/Hasan Hüsnü Paşa	352	328 varaktır. Kitap tamdır. Hicri 970 tarihinde Yahya b. Fahrüddin tarafından istinsah edilmiştir. Metin üzerine siyah çizgi çekilmiştir.
43	Süleymaniye/Hacı Beşir Ağa	262	269 varaktır. Kitap tamdır. Hicri 836 tarihinde Kasım b. Hacı

			Cintumur tarafından istinsah edilmiştir. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.
44	Süleymaniye/Hacı Beşir Ağa	263	310 varaktır. Kitap tamdır. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.
45	Süleymaniye/Hacı Mehmed Efendi	831	321 varaktır. Kitap tamdır. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.
46	Süleymaniye/Hacı Mehmed Efendi		178 varaktır. Kitabı'l-Mudârebe'den Kitabı'l-Vekalet'e kadardır. Mukabele edilmiştir. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.
47	Süleymaniye/Hafız Ahmed Paşa	25	247 varaktır. Eserin başından Kitabı'l-Vakf'ın sonuna kadardır. Hicri 867 tarihinde Can Ahmed tarafından istinsah edilmiştir. Metin üzerine siyah çizgi çekilmiştir.
48	Süleymaniye/Hafız Ahmed Paşa	36	290 varaktır. Kitap tamdır. Hicri 838 tarihinde Yusuf b. Abdullah tarafından istinsah edilmiştir. Metin kırmızı renkle yazılmıştır. Kitabın sonunda üç defa mukabe edildiği bir defa okunduğu kaydı vardır.
49	Süleymaniye/Hamidiye	514	361 varaktır. Kitap tamdır. Hicri 869 tarihinde Şahin b. Abdullah tarafından istinsah edilmiştir. Mukabele edilmiştir.
50	Süleymaniye/Harput	149	283 varaktır. Kitap tamdır. Hicri 817 tarihinde istinsah edilmiştir. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.
51	Süleymaniye/Harput	85	257 varaktır. Kitap tamdır. Hicri 905 tarihinde istinsah edilmiştir. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.
52	Süleymaniye/Harput	40	340 varaktır. Kitap tamdır. Hicri 870 tarihinde Gıyas b. Celal tarafından istinsah edilmiştir. Metin üzerine siyah çizgi çekilmiştir. Mukabele edilmiştir.

53	Süleymaniye/Harput	376	376 varaktır. Sonu eksiktir. Metnin üstü kırmızıdır.
54	Süleymaniye/Hekimoğlu	349	287 varaktır. Kitap tamdır. Hicri 854 tarihinde İbrahim b. Musa tarafından istinsah edilmiştir. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.
55	Süleymaniye/İbrahim Efendi	326M	309 varaktır. Kitap tamdır. Yusuf b. Osman tarafından istinsah edilmiştir. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.
56	Süleymaniye/İzmir	198	256 varaktır. Kitap tamdır. Hicri 837 tarihinde Muhammed b. Ömer tarafından istinsah edilmiştir. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.
57	Süleymaniye/İzmir	199	279 varaktır. Kitap tamdır. Hicri 837 tarihinde Ali isimli bir zat tarafından istinsah edilmiştir. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.
58	Süleymaniye/Kadızaade Mehmed	150	414 varaktır. Kitap tamdır. Hicri 896 tarihinde Ahmed b. Musa tarafından istinsah edilmiştir. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.
59	Süleymaniye/Karaçelebizade	124	274 varaktır. Kitap tamdır. Hicri 960 tarihinde Ahmed b. Mekki b. Ahmed tarafından istinsah edilmiştir. Metin kırmızı renkle yazılmıştır.
60	Süleymaniye/Karaçelebizade	125	331 varaktır. Kitabı'l-Vasiyet'in son kısmı yoktur. Metin kırmızı renkle yazılmıştır.
61	Süleymaniye/Karaçelebizade	126	393 varaktır. Kitap tamdır. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.
62	Süleymaniye/Kılıç Ali Paşa	419	202 varaktır. Kitabı'l-Hibe sonuna kadardır. Hicri 848 tarihinde istinsah edilmiştir. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.
63	Süleymaniye/Kılıç Ali Paşa	420	257 varaktır. Kitap tamdır. Hicri 909 tarihinde Velid b. Mustafa

			tarafından istinsah edilmiştir. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.
64	Süleymaniye/Kılıç Ali Paşa	421	145 varaktır. Kitabı'l-Vakıftan eserin sonuna kadardır. Velid b. Mustafa tarafından istinsah edilmiştir. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.
65	Süleymaniye/Laleli	997	420 varaktır. Kitap tamdır. Hicri 887 tarihinde Baba b. Emir tarafından istinsah edilmiştir. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.
66	Süleymaniye/Laleli	996	241 varaktır. Kitap tamdır. Seyyid Ahmed b. Muhammed tarafından istinsah edilmiştir. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.
67	Süleymaniye/Mahmud Paşa	193	285 varaktır. Kitap tamdır. Hicri 836 tarihinde Şaban b. Üstad Ahmed tarafından istinsah edilmiştir. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.
68	Süleymaniye/Mesih Paşa	9	266 varaktır. Kitap tamdır. Metin kırmızı renkle yazılmıştır.
69	Süleymaniye/Molla Çelebi	74	438 varaktır. Kitap tamdır. Hicri 877 tarihinde istinsah edilmiştir. Metin kırmızı renkle yazılmıştır. Mukabele edilmiştir.
70	Süleymaniye/Molla Çelebi	75	279 varaktır. Kitap tamdır. Hicri 838 tarihinde Muhammed b. Osman tarafından istinsah edilmiştir. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.
71	Süleymaniye/Pertevniyal	305	269 varaktır. Kitap tamdır. Metin kırmızı renkle yazılmıştır.
72	Süleymaniye/Pertev Paşa	189	376 varaktır. Kitap tamdır. Hicri 920 tarihinde Abdullah b. Seyyid Ali tarafından istinsah edilmiştir. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.
73	Süleymaniye/Reşid Efendi	214	312 varaktır. Kitap tamdır. Metnin üstü kırmızıdır.

74	Süleymaniye/Serez	730	331 varaktır. Kitap tamdır. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.
75	Süleymaniye/Serez	731	299 varaktır. Kitap tamdır. Hicri 926 tarihinde Yunus b. Bedreddin tarafından istinsah edilmiştir. Metin kırmızı renkle yazılmıştır.
76	Süleymaniye	272	318 varaktır. Kitap tamdır. Hicri 921 tarihinde Münteşâ b. Emir b. İsa tarafından istinsah edilmiştir. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.
77	Süleymaniye	489	346 varaktır. Kitap tamdır. Hicri 1003 tarihinde istinsah edilmiştir. Metin kırmızı renkle yazılmıştır.
78	Süleymaniye	490	231 varaktır. Kitap tamdır. Hicri 833 tarihinde Yusuf b. Muhammed tarafından istinsah edilmiştir. Metin kırmızı renkle yazılmıştır.
79	Süleymaniye	491	254 varaktır. Kitap tamdır. Hicri 826 tarihinde Kemal b. Musa tarafından istinsah edilmiştir. Metin kırmızı renkle yazılmıştır.
80	Süleymaniye	492	220 varaktır. Kitap tamdır. Hicri 830 tarihinde Mustafa b. Sadeddin tarafından istinsah edilmiştir. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.
81	Süleymaniye/Şehid Ali Paşa	841	440 varaktır. Kitap tamdır. Hicri 873 tarihinde Baba b. Emir tarafından istinsah edilmiştir. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.
82	Süleymaniye/Turhan Valide Sultan	125	288 varaktır. Baştan Kitabı'n-Nikah'a kadardır. Metin kırmızı renkle yazılmıştır.
83	Süleymaniye/Turhan Valide Sultan	126	296 varaktır. Kitap tamdır. Metin kırmızı renkle yazılmıştır.
84	Süleymaniye/Yazma Bağışlar	196	318 varaktır. Kitap tamdır. Hicri 829 tarihinde istinsah edilmiştir. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.

85	Süleymaniye/Yazma Bağışlar	1894	318 varaktır. Kitap tamdır. Hicri 843 tarihinde Muhammed b. Musa tarafından istinsah edilmiştir. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.
86	Süleymaniye/Yeni Cami	496	275 varaktır. Kitap tamdır. Hicri 845 tarihinde istinsah edilmiştir. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.
87	Süleymaniye/Yeni Medrese	107	303 varaktır. Kitap tamdır. Hicri 866 tarihinde Halid b. Dâr Ali tarafından istinsah edilmiştir. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.
88	Süleymaniye/Yozgat	233	310 varaktır. Kitap tamdır. Hicri 933 tarihinde Mahmud b. Nazar tarafından istinsah edilmiştir. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.
89	Süleymaniye/Atıf Efendi	891	306 varaktır. Kitap tamdır. Muhammed b. Osman b. Muhammed tarafından istinsah edilmiştir. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.
90	Süleymaniye/Atıf Efendi	890	255 varaktır. Kitap tamdır. Hicri 895 tarihinde istinsah edilmiştir. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir. Mukabele ve tashih edilmiştir.
91	Süleymaniye/Atıf Efendi	889	207 varaktır. Kitabu'l-Vakf'a kadardır. Hicri 844 tarihinde Murad b. Molla tarafından istinsah edilmiştir. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.
92	Süleymaniye/Nuri Osmaniye	1616	266 varaktır. Kitap tamdır. Metin kırmızı renkle yazılmıştır.
93	Süleymaniye/Hacı Selim Ağa	337	304 varaktır. Kitap tamdır. Hicri 888 tarihinde Ahmed Paşa tarafından istinsah edilmiştir. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.

94	Süleymaniye/Hacı Selim Ağa	336	364 varaktır. Kitap tamdır. Hicri 1080 tarihinde istinsah edilmiştir. Metin kırmızı renkle yazılmıştır.
95	Süleymaniye/Hüdai Efendi	741	323 varaktır. Kitap tamdır. Hicri 854 tarihinde istinsah edilmiştir. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.
96	Süleymaniye/Nurbanu Sultan	87	262 varaktır. Kitap tamdır. Hicri 825 tarihinde Mahmud Fakih Urlavi tarafından istinsah edilmiştir. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.
97	Süleymaniye/Fazıl Ahmed Paşa	585	261 varaktır. Kitap tamdır. Hicri 844 tarihinde İsmail Ali b. Yusuf tarafından istinsah edilmiştir. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.
98	Süleymaniye/Fazıl Ahmed Paşa	586	327 varaktır. Kitap tamdır. Hicri 959 tarihinde Muhammed b. Ali el-Müniri tarafından istinsah edilmiştir. Metin kırmızı renkle yazılmıştır.
99	Millet Kütüphanesi/ Fezullah Efendi	809	265 varaktır. Kitap tamdır. Hicri 851 tarihinde Hamza b. Hüseyin tarafından istinsah edilmiştir. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.
100	Millet Kütüphanesi/ Fezullah Efendi	810	319 varaktır. Baş tarafından eksiktir. Hicri 909 tarihinde Osman b. Osman tarafından istinsah edilmiştir. Metin kırmızı renkle yazılmıştır.
101	Millet Kütüphanesi/ Fezullah Efendi	812	181 varaktır. Kitabı'n-Nikah'tan eserin sonuna kadardır. Metin kırmızı renkle yazılmıştır.
102	Millet Kütüphanesi/ Fezullah Efendi	813	242 varaktır. Kitap tamdır. Metin kırmızı renkle yazılmıştır.
103	AEarb (Millet Kütüphanesi İçerisinde)	608	285 varaktır. Kitap tamdır. Hicri 844 tarihinde Muhammed b. İsa tarafından istinsah edilmiştir. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.

104	AEarb (Millet Kütüphanesi İçerisinde)	647	280 varaktır. Kitabı'z-Zekat'tan kitabın sonuna kadardır.
105	Süleymaniye/Murad Molla	886	309 varaktır. Kitap tamdır. Hicri 927 tarihinde istinsah edilmiştir. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.
106	Süleymaniye/Murad Molla	887	357 varaktır. Kitap tamdır. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.
107	Süleymaniye/M. Hilmi Vehbi	100	262 varaktır. Kitap tamdır. Hicri 830 tarihinde Hayreddin b. Süleyman tarafından istinsah edilmiştir. Metin kırmızı renkle yazılmıştır.
108	Süleymaniye/M. Hilmi Vehbi	101	275 varaktır. Kitap tamdır. Hicri 842 tarihinde istinsah edilmiştir. Metin kırmızı renkle yazılmıştır.
109	Süleymaniye/Hz. Halid	101	340 varaktır. Kitap tamdır. Hicri 938 tarihinde Ahmed b. el-Hacc İbrahim tarafından istinsah edilmiştir. Metin kırmızı renkle yazılmıştır.
110	Süleymaniye/Hz. Halid	102	292 varaktır. Kitap tamdır. Hicri 858 tarihinde Yunus el-Kirmani tarafından istinsah edilmiştir. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.
111	Süleymaniye/Hz. Halid	103	157 varaktır. Kitap baştan Kitabı'l-Rehn'in ortalarına kadardır. Metin üzerine siyah çizgi çekilmiştir.
112	Süleymaniye/Harput	108	238 varaktır. Kitabı'l-Vakf'a kadardır. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.
113	Antalya Tekelioğlu	236	341 varaktır. Kitap tamdır. Biga'da Hicri 909 tarihinde istinsah edilmiştir. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.
114	Antalya Tekelioğlu	278	282 varaktır. Kitap tamdır. Hicri 807 tarihinde istinsah edilmiştir. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.
115	Antalya Tekelioğlu	312	254 varaktır. Kitap tamdır. Hicri 877 tarihinde istinsah edilmiştir.

			Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.
116	Antalya Tekelioğlu	281	212 varaktır. Kitap eksiktir. Metin kırmızı renkle yazılmıştır.
117	Antalya Tekelioğlu	337	Mecmuanın 256-410 no'lu varakları arasındadır. Kitabı'l-Vakf'tan eserin sonuna kadardır. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.
118	Süleymaniye/Nuruosmaniye	1617	189 varaktır. Kitabı'l-Hibe'den eserin sonuna kadardır. Hicri 857 tarihinde Ahmed b. Yunus b. İsmail tarafından istinsah edilmiştir. Metin kırmızı renkle yazılmıştır.
119	Süleymaniye/Turhan Valide Sultan	3476	296 varaktır. Kütüphaneden Mikrofilm halinde temin edilebilmektedir.
120	Topkapı Ahmed III	711	315 varaktır. Kitap tamdır. Metin kırmızı renkle yazılmıştır.
121	Topkapı Ahmed III	713-1	226 varaktır. Kitabın birinci cildir. Kitabı'l-Vekale'ye kadardır. Mukabele, tashih ve kıraat görmüş bir nüshadır. Hicri 869 tarihinde Ömer Muhammed el-Ömeri tarafından istinsah edilmiştir. Metin kırmızı renkle yazılmıştır.
122	Topkapı Ahmed III	713-2	209 varaktır. Kitabın ikinci cildir. Kitabı'l-Vekalet'ten eserin sonuna kadardır. Metin kırmızı renkle yazılmıştır. Mukabele, tashih ve kıraat edilmiş bir nüshadır. Hicri 871 tarihinde Ömer Muhammed el-Ömeri tarafından istinsah edilmiştir.
123	Topkapı Medine Gelenler	349	234 varaktır. Kitap tamdır. Hicri 856 tarihinde istinsah edilmiştir. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.
124	Mevlâna (Konya)	1355	254 varaktır. Kitap tamdır. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.

125	Vahid Paşa (Kütahya)	1090	286 varaktır. Kitap tamdır. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.
126	Vahid Paşa (Kütahya)	2544	264 varaktır. Kitap tamdır. Hicri 838 tarihinde Resul b. Halil tarafından istinsah edilmiştir. Metin kırmızı renkle yazılmıştır.
127	Vahid Paşa (Kütahya)	2545	252 varaktır. Hicri 887 yılında Ahmed b. Muhammed b. Ömer el-Gazzi tarafından istinsah edilmiştir. Kitabı'l-Vakf'tan eserin sonuna kadardır. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.
128	Vahid Paşa (Kütahya)	2546	239 varaktır. Baştan Kitabı'l-Vakfa kadardır. Hicri 874 yılında İsa b. İshak b. Yakup tarafından istinsah edilmiştir. Metin üzerine siyah çizgi çekilmiştir.
129	Vahid Paşa (Kütahya)	2547	347 varaktır. Kitap tamdır. Metin üzerine siyah çizgi çekilmiştir.
130	Vahid Paşa (Kütahya)	2548	214 varaktır. Baştan Kitabı'l-Hibeye kadardır. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.
131	Vahid Paşa (Kütahya)	2549	248 varaktır. Kitap tamdır. Hicri 865 yılında Halil b. Evliya tarafından istinsah edilmiştir. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.
132	Vahid Paşa (Kütahya)	2550-1	241 varaktır. Baştan Kitabı'l-Hudud'un başlarına kadardır. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.
133	Vahid Paşa (Kütahya)	2550-2	148 varaktır. Hicri 845 yılında Hoca b. Tursun b. Mustafa tarafından istinsah edilmiştir. Kitabı'l-Vakf'tan eserin sonuna kadardır. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.
134	Diyarbakır Ziya Gökalp	1156	176 varaktır. Kitabı'l-Vakf'dan kitabın sonunda kadardır. Hicri 853 yılında istinsah edilmiştir. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.

135	Diyarbakır Ziya Gökalp	1232	258 varaktır. Kitap tamdır. Hicri 850 yılında istinsah edildiği anlaşılmaktadır. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.
136	Diyarbakır Ziya Gökalp	1381	298 varaktır. Kitap tamdır. Hicri 834 yılında istinsah edilmiştir. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.
137	Diyarbakır Ziya Gökalp	1106	295 varaktır. Kitap tamdır. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.
138	Diyarbakır Ziya Gökalp	1204	294 varaktır. Kitabı't-Taharetten başlar. Kitabın sonlarına doğru kâğıt yıpranmıştır. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.
139	Diyarbakır Ziya Gökalp	1207	254 varaktır. Baştan Kitabı'l-Vakf'a kadardır. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.
140	Diyarbakır Ziya Gökalp	1273	198 varaktır. Kitabın başından Kitabı'n-Nikah'a kadardır. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.
141	Diyanet İşleri Başkanlığı (Ankara)	482	311 varaktır. Kitap tamdır. Hicri 855 tarihinde Muhammed b. Adil tarafından istinsah edilmiştir. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir ve sonlarda ise metin kırmızı renkle yazılmıştır. Kitap mukabele edilmiştir.
142	Diyanet İşleri Başkanlığı (Ankara)	1160	311 varaktır. Kitap tamdır. Eserde konu başlıkları, fasıllar kırmızı mürekkeple yazılmıştır. Hicri 880 yılında yazılmıştır.
143	Diyanet İşleri Başkanlığı (Ankara)	1159	311 varaktır. Kitap tamdır. Hicri 855 tarihinde Muhammed b. Âdil tarafından istinsah edilmiştir. Eserde fasıllar kırmızı mürekkeple yazılmıştır.
144	Diyanet İşleri Başkanlığı (Ankara)	1158-I	III+1a-380b varaktır. Kitap tamdır. Hicri 25 Receb 1198 [14 Haziran 1784 tarihinde Muhammed b. Abdülkadir tarafından istinsah edilmiştir. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.

145	Zeytinođlu Kütüphanesi (Tavşanlı/Kütahya)	608	Baş tarafından bir varak kadar eksiktir. Kitabı'l-Vakf'a kadardır. Hicri 875 tarihinde Muhammed b. İmadüddün tarafından istinsah edilmiştir. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.
146	Zeytinođlu Kütüphanesi (Tavşanlı/Kütahya)	812	396 varaktır. Kitap tamdır. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.
147	Bursa İnebey (Bursa)	466	89 varaktır. Kitabın başından Kitabı'l-Hacc'a kadardır. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.
148	Çorum İl Halk Kütüphanesi	1372	343 varaktır. Kitap tamdır. Kitap Hicri 852 tarihinde Eminiddin el-Aksarayı'nın nüshasından istinsah edilmiştir. Mukabele edilmiştir. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.
149	Çorum İl Halk Kütüphanesi	4173	286 varaktır. Kitabı'l-Vasiyye'nin son kısmı eksiktir. Metin kırmızı renkle yazılmıştır. Kitap mukabele edilmiştir.
150	Çorum İl Halk Kütüphanesi	4174	255 varaktır. Kitap tamdır. Hicri 828 tarihinde istinsah edilmiştir. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.
151	Erzurum İlk Halk Kütüphanesi	2325	231 varaktır. Kitap tamdır. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.
152	Kayseri Raşid Efendi İl Halk Kütüphanesi	26895	257 varaktır. Kitabın mukaddimesi yoktur. Fasılun fi'l-Bi'r başlığından başlamaktadır. Hicri 873 tarihinde Muhammed b. Seydi Ali tarafından istinsah edilmiştir. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.
153	Kayseri Raşid Efendi İl Halk Kütüphanesi	441	360 varaktır. Kitap tamdır. Hicri 921 tarihinde Ahmed b. Muhammed b. İbrahim tarafından istinsah edilmiştir. Metin üzerine baş taraflardan kırmızı çizgi çekilmiştir. Çoğunluğunda ise metin kırmızı renkle yazılmıştır.

154	Kastamonu	3042	340 varaktır. Kitap tamdır. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir. Mukabele edilmiştir.
155	Kastamonu	3176	232 varaktır. Kitap tamdır. Hicri 819 tarihinde Paşa Bali Hacı Dede b. Hızır tarafından istinsah edilmiştir. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.
156	Kastamonu	3368	280 varaktır. Kitap tamdır. Hicri 887 tarihinde İshak b. Esed b. el-Hac tarafından istinsah edilmiştir. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.
157	Kastamonu	3509	282 varaktır. Kitap tamdır. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.
158	Kastamonu	3514	305 varaktır. Kitabın başından Kitabu'l-Vakfa kadardır. Metin üzerine siyah çizgi çekilmiştir.
159	Kastamonu	3518	180 varaktır. Baştan Kitabu'l-Havale'ye kadardır. Metin kırmızı renkle yazılmıştır.
160	Kastamonu	3522	262 varaktır. Kitap tamdır. Hicri 851 tarihinde istinsah edilmiştir. Baş taraflarda metnin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.
161	Kastamonu	3184	183 varaktır. Baştan Kitabu'l-Vakf'a kadardır. Hicri 881 tarihinde istinsah edilmiştir. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.
162	Kastamonu	3316	184 varaktır. Kitabu'l-Vakf'a kadardır. İbni Melek'in mukaddimesi yoktur. Metnin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir ve sonlarında metnin üzeri siyah çizgi çekilmiştir.
163	Kastamonu	3343	272 varaktır. Sonundan birkaç varak eksiktir. Metin üzerine siyah çizgi çekilmiştir.
164	Kastamonu	3377	179 varaktır. Kitabu'l-Vakf'a kadardır. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.

165	Edirne Selimiye	830-1	156 varaktır. Kitabı'l-Vakf'a kadardır. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.
166	Edirne Selimiye	830-2	175 varaktır. Kitabı'n-Nikah'tan eserin sonuna kadardır. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.
167	Edirne Selimiye	4898-1	364 varaktır. Kitabın tamamıdır. Hicri 842 yılında Kahire'de Yahya b. Muhammed en-Neccar tarafından istinsah edilmiştir. Metin kırmızı renkle yazılmıştır.
168	Edirne Selimiye	4898-2	317 varaktır. Kitabın tamamıdır. Hicri 830 tarihinde Şeyh b. Yahşa tarafından istinsah edilmiştir. Metin kırmızı renkle yazılmıştır.
169	Edirne Selimiye	4898-4	270 varaktır. Kitap tamdır. Hicri 841 tarihinde Hamza b. Zekeriyya Halid b. Bekkari tarafından istinsah edilmiştir. Metin kırmızı renkle yazılmıştır.
170	Edirne Selimiye	6086	239 varaktır. Kitap tamdır. Hicri 857 tarihinde Mahmud b. Dündar tarafından istinsah edilmiştir. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.
171	Manisa Akhisar Zeynelzade	378	233 varaktır. Kitabı'l-Vakf'a kadardır. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.
172	Manisa Akhisar Zeynelzade	379	283 varaktır. Kitap tamdır. Hicri 807 yılında Halil b. Musa b. İsmail tarafından istinsah edilmiştir. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.
173	Manisa Akhisar Zeynelzade	1353	298 varaktır. Kitap tamdır. Hicri 844 tarihinde Ahmed b. Muhammed b. Yahşa b. Esed tarafından istinsah edilmiştir. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.
174	Manisa İl Halk Kütüphanesi	664	306 varaktır. Kitap tamdır. Hicri 899 tarihinde istinsah edilmiştir. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.

175	Manisa İl Halk Kütüphanesi	665	282 varaktır. Kitap tamdır. Hicri 966 tarihinde istinsah edilmiştir. Metin kırmızı renkle yazılmıştır.
176	Manisa İl Halk Kütüphanesi	666	256 varaktır. Kitap tamdır. Hicri 857 yılında Muhammed b. Mustafa tarafından istinsah edilmiştir. Metin kırmızı renkle yazılmıştır.
177	Manisa İl Halk Kütüphanesi	667	300 varaktır. Kitap tamdır. Mukabele edilmiştir. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.
178	Manisa İl Halk Kütüphanesi	668	282 varaktır. Kitap tamdır. Metin üzerine siyah çizgi çekilmiştir.
179	Manisa İl Halk Kütüphanesi	669-1	174 varaktır. Kitabı's-Sulh'tan eserin sonuna kadardır. Hicri 877 tarihinde istinsah edilmiştir. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.
180	Manisa İl Halk Kütüphanesi	669-2	152 varaktır. Başından Kitabı'l-Vakf'a kadardır. Hicri 803 tarihinde istinsah edilmiştir. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.
181	Manisa İl Halk Kütüphanesi	670	207 varaktır. Kitabın başından Kitabı'l-Sulh'a kadardır. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.
182	Manisa İl Halk Kütüphanesi	4603	256 varaktır. Kitap tamdır. Hicri 852 tarihinde istinsah edilmiştir. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.
183	Manisa İl Halk Kütüphanesi	7523	211 varaktır. Kitap tamdır. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.
184	Manisa İl Halk Kütüphanesi	8493/1	249 varaktır. Kitap tamdır. Hicri 839 tarihinde istinsah edilmiştir. Metin üzerine siyah çizgi çekilmiştir. 8493/2 ise İbnü's-Saati'nin şerhidir.
185	Akseki	112	309 varaktır. Kitap tamdır. Hicri 864 tarihinde Muhammed b. Mustafa b. Selman Fakih b. Hızır b. Mustafa tarafından istinsah edilmiştir. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.

186	Konya Bölge Yazma Eserler	1129	184 varaktır. Kitabu'l-İcare'den eserin sonuna kadardır. Hicri 880 tarihinde istinsah edilmiştir. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.
187	Konya Bölge Yazma Eserler	2512	222 varaktır. Kitabu'l-Vakf'tan Kitabu's-Siyer'in 'Faslun fi't-Tenfil' başlığına kadardır. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.
188	Konya Bölge Yazma Eserler	2599	328 varaktır. Mukaddime kısmından bir varak kadar eksik, kitabın geri kalanı tamdır. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.
189	Konya Bölge Yazma Eserler	2948	255 varaktır. Kitabu'l-Vakf'tan eserin sonuna kadardır. Hicri 885 tarihinde istinsah edilmiştir. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.
190	Konya Bölge Yazma Eserler	7350	315 varaktır. Kitap tamdır. Hicri 924 tarihinde istinsah edilmiştir. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.
191	Konya Bölge Yazma Eserler	4420	284 varaktır. Kitap tamdır. Hicri 851 tarihinde istinsah edilmiştir. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.
192	Konya Bölge Yazma Eserler	4429	252 varaktır. Kitap tamdır. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.
193	Konya Bölge Yazma Eserler	4747	307 varaktır. Kitap tamdır. Hicri 834 tarihinde istinsah edilmiştir. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.
194	Konya Bölge Yazma Eserler	7346	299 varaktır. Kuyular bahsine kadar baştan noksandır. Kalan kısmı tamdır. Hicri 852 tarihinde istinsah edilmiştir. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.
195	Konya Bölge Yazma Eserler	2511	215 varaktır. Kitabın mukaddimesi eksiktir. Kitabu't-Tahare'den Kitabu'l-Gasb'a kadardır. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.

196	Konya Bölge Yazma Eserler	4076	293 varaktır. Kitap tamdır. Hicri 843 tarihinde İbrahim Samir Mirza b. Habib tarafından istinsah edilmiştir. Metin kırmızı renkle yazılmıştır.
197	Konya Bölge Yazma Eserler	9587	521 sayfadır. Kitap tamdır. Hicri 829 tarihinde istinsah edilmiştir. Metin kırmızı renkle yazılmıştır.
198	Konya Bölge Yazma Eserler	4411	308 varaktır. Kitap tamdır. Hasan b. Mustafa b. Muhammed tarafından istinsah edilmiştir. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.
199	SUIF (Selçuk Ü. İ. F.)	36	244 varaktır. Kitabı's-Sulh'a kadardır. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.
200	Yusuf Ağa (Konya)	6875	249 varaktır. Kitap tamdır. Hicri 955 tarihinde istinsah edilmiştir. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.
201	Yusuf Ağa (Konya)	7566	262 varaktır. Kitap tamdır. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.
202	Rodos (Konya)	525	166 varaktır. Kitabı'l-Hibe'ye kadardır. Hicri 879 tarihinde Murad b. Osman tarafından istinsah edilmiştir. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.
203	Rodos (Konya)	1546	270 varaktır. Kitap tamdır. Metin kırmızı renkle yazılmıştır.
204	Rodos (Konya)	1547	385 varaktır. Kitap tamdır. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.
205	Tire Necip Paşa Kütüphanesi (İzmir)	646	238 varaktır. Hicri 836 tarihinde Muhammed b. Ali b. Hüsam tarafından istinsah edilmiştir. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.
206	Tire Necip Paşa Kütüphanesi (İzmir)	DV/447	200 varaktır. Hicri 883 tarihinde istinsah edilmiştir.
207	Amasya Beyazıt İl Halk Kütüphanesi	344	202 varaktır. Kitabı'z-Zekat'ın sonlarına kadardır. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.
208	Amasya Beyazıt İl Halk Kütüphanesi	345	262 varaktır. Kitabı'l-Vakf'a kadardır. Hicri 851 tarihinde

			istinsah edilmiştir. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.
209	Amasya Beyazıt İl Halk Kütüphanesi	346	271 varaktır. 'Faslun fi'l-Ezan' bahsine kadar, baştan eksiktir. Hicri 869 yılında İbrahim b. Muhammed tarafından istinsah edilmiştir. Mukabele edilmiştir.
210	Amasya Beyazıt İl Halk Kütüphanesi	347	189 varaktır. Kitabı'l-Vakf'tan eserin sonuna kadardır. Hicri 852 yılında Ali b. Hacı Mahmud b. Şeyh Ali tarafından istinsah edilmiştir. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.
211	Amasya Beyazıt İl Halk Kütüphanesi	350	305 varaktır. Kitap tamdır. Hicri 858 tarihinde Mahmud b. Ali b. Yusuf b. Yakub tarafından istinsah edilmiştir. Metin üzerine siyah çizgi çekilmiştir.
212	Amasya Beyazıt İl Halk Kütüphanesi	354	263 varaktır. Kitap tamdır. Hicri 859 tarihinde Hızır b. Yakub tarafından istinsah edilmiştir. Metin kırmızı renkle yazılmıştır ve bir kısmının üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.
213	Amasya Beyazıt İl Halk Kütüphanesi	356	240 varaktır. Kitabı'l-Vakf'tan eserin sonuna kadardır. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.
214	Amasya Beyazıt İl Halk Kütüphanesi	358	219 varaktır. Kitabın başından Kitabı'l-Vakf'a kadardır. Metin bazı yerlerde kırmızı renkle bazı yerleride siyah renkle yazılmıştır.
215	Amasya Beyazıt İl Halk Kütüphanesi	1259	229 varaktır. Kitap tamdır. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.
216	Erzurum İl Halk Kütüphanesi	23923	425 varaktır. Kitap tamdır. Başlarda metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.
217	İstanbul Müftülük Kütüphanesi	323	259 varaktır. Mukaddime başından biraz eksiktir. Eserin başından Kitabı'l-Vakfa kadardır. Hicri 735 tarihinde istinsah edilmiştir.
218	Milli Kütüphane-Ankara	10030	316 varaktır. Hicri 922 tarihinde Gaysî b. Osman tarafından

			istinsah edilmiştir. Metnin üstü kırmızı çizilmiştir.
219	Amcazade Hüseyin Paşa	202	287 varak. 836 Osman Alican b. İlyas tarafından istinsah edilmiştir. Metin kırmızı yazılmıştır.
220	Eskişehir İl Halk Kütüphanesi	666	354 varaktır. Sonundan bir varak eksiktir. Metin kırmızı yazılmıştır.
221	Eskişehir İl Halk Kütüphanesi	667	158 varaktır. Metin Kırmızı renktedir. Sulh bölümünün başından bir kısmında itibaren sonuna kadar eksiktir.
222	Eskişehir İl Halk Kütüphanesi	668	155 varaktır. Metin kırmızıdır. 838 tarihinden istinsah edilmiştir. Mukabele edilmiştir. Sulh kitabından başlamaktadır.
223	Isparta Uluborlu İlçe Halk Kütüphanesi	435	215 varaktır.
224	Halil Hamit Paşa	1690	282 varaktır. Metin kırmızıdır. 843 yılinsa istinsah edilmiştir.
225	Tokat İl Halk Kütüphanesi	138	226 varak. Namaz bahsinde namazı bozan ve mekruh olanlardan sonuna kadar. Metin kırmızı. Mukabele edilmiş. Müellifin nüshasından. 820 tarihinde İbrahim b. İshak Isa tarafından istinsah edilmiştir.
226	Diyarbakır İl Halk Kütüphanesi	1251	229 varaktır. Hicri 857 senesinde Abdülcelil b. Hacı tarafından istinsah edilmiştir. Metin üstü kırmızı çizilmiş. Kitabı'l-Vakfa kadardır.
227	Diyarbakır İl Halk Kütüphanesi	1094	203 varaktır. Metin üstü kırmızı çizilmiş. Mukaddimedenin başı eksiktir. Kitabı'l-Kefalenin başına kadardır.
228	Manisa Bayazid İl Halk Kütüphanesi	346	Ezan bölümünden başlamaktadır. Namazın bozan bölümüne kadardır. Metin kırmızıdır.
229	Manisa Bayazid İl Halk Kütüphanesi	346	Hicri 869 yılında İbrahim Mahmud tarafından istinsah edilmiştir. Yukarıda demirbaş

			numarası ile aynıdır. İkraha kitabının sonundan kitabın sonuna kadardır. Metin kırmızıdır.
230	Manisa Bayazid İl Halk Kütüphanesi	350	Başından sular bölümüne kadardır. Metnin üstü siyah çizgi ile çizilmiştir.
231	Manisa Bayazid İl Halk Kütüphanesi	350	306 varaktır. Hicri 858 yılında Mahmud b. Ali b. Yusuf b. Yakub tarafından istinsah edilmiştir. Yukarıda demirbaş numarası ile aynıdır. Kitabı's-Siyer'in yarısından başlayıp kitabın sonuna kadardır. Metnin üstü siyah çizgi ile çizilmiştir.
232	Manisa Bayazid İl Halk Kütüphanesi		9 varaktır. Kitabın başından Gusül konusunun yarısına kadardır.
233	Manisa Bayazid İl Halk Kütüphanesi	353	Hicri 852 yılında Halik b. İbrahim tarafından istinsah edilmiştir. Yukarıda demirbaş numarası ile aynıdır. Kitabı'l-İkraha'nın yarısından kitabın sonuna kadardır. Metnin üstü siyah çizgi ile çizilmiştir.
234	Balıkesir İl Halk Kütüphanesi	698	251 varaktır. Abdestin sünnetlerinden başlayıp Kitabı'n-Nikah'a kadardır. Metin kırmızı renktedir. Mukabele edilmiştir.
235	Balıkesir İl Halk Kütüphanesi	748	305 varaktır. Kitap tamdır. Hicri 845 yılında Halil b. İsmail b. Halil b. İsrail Şücaeddin tarafından istinsah edilmiştir. Metin kırmızıdır.
236	Balıkesir İl Halk Kütüphanesi	820	206 varaktır. Kitabı'n-Nikahtan Kitabın sonuna kadardır. Hicri 878 tarihinde istinsah edilmiştir. Sema kaydı vardır. Metin kırmızıdır.
237	Balıkesir İl Halk Kütüphanesi	1109	330 varaktır. Kitap tamdır. İbrahim b. Hacı Ahmed b. Abdülkadir b. Hacı Tara

			tarafından istinsah edilmiştir. Metnin üzeri kırmızı çizilmiştir.
238	Balıkesir İl Halk Kütüphanesi	1114	226 varaktır. Hicri 865 yılında istinsah edilmiştir. Başından Kitabı'l-Vakfa kadardır. Metnin üstü kitabın başından siyah çizgi ile sonlarda ise kırmızı çizgi ile çizilmiştir.
239	Erzurum İl Halk Kütüphanesi	15987	280 varaktır. Kitap tamdır. Hicri 846 yılında Mustafa b. Musa tarafından istinsah edilmiştir. Metnin üzeri kırmızı çizilmiştir.
240	Kastamonu	2893	Kitabu'l-Vakıf'tan sonuna kadardır. Mansur b. Muhammed b. Mesud b. Ahmed tarafından istinsah edilmiştir. Metin üzeri kırmızıdır.
241	Kastamonu	2935	302 varaktır. Kitap tamdır. Metin üzeri kırmızıdır.
242	Kastamonu	3135	184 varaktır. Kitabın başından Kitabı'ş-Şüfa'ya kadardır. Metin kırmızıdır.
243	Kastamonu	3180	Hicri 841 tarihinde istinsah edilmiştir. Hastanın namazının sonundan kitabın sonuna kadardır. Mukabele edilmiştir.
244	Çankırı İl Halk Kütüphanesi	491	232 varaktır. 863 tarihinde istinsah edilmiştir. Abdülmünim b. İlyas. Vakıf kitabına kadardır.
245	Çankırı İl Halk Kütüphanesi	492	Muslihiddin b. Bali b. Rasul Nusret tarafından istinsah edilmiştir. 248 varaktır tamdır. Metin üstü kırmızı çizilmiştir.
246	Afyon Gedik Ahmet Paşa İl halk Kütüphanesi	17963	123 varaktır. Metin üstü kırmızı. 836 tarihinde. Vakfa kadardır.
247	Afyon Gedik Ahmet Paşa İl halk Kütüphanesi	17909	312 varaktır. Metin üstü kırmızı. Siyer bölümünün uşr ve haraç faslının yarısına kadardır.
248	Afyon Gedik Ahmet Paşa İl halk Kütüphanesi	17362	330 varaktır. Metin kırmızıdır. Hicri 830'de İsa b. Bâyezîd b. Emîrhân tarafından istinsah edilmiştir.

249	Afyon Gedik Ahmet Paşa İl halk Kütüphanesi	17332	884 tarihinde Mehmed b. Hasan b. Dinbey tarafından. Metin üstü kırmızı. Sulha kadar. 246 varaktır.
250	Milli Kütüphane Yazmalar Koleksiyonu	1642	351 varaktır. Mustafa b. Abdurrahman İskenderi.Hıyaraütşart. Metin üstü kırmızı.
251	Milli Kütüphane Yazmalar Koleksiyonu	4161	290 varaktır. Ahmed b. Musa b. İdris. 904 (1498). Metin üstü kırmızı.
252	Milli Kütüphane Yazmalar Koleksiyonu	721	307 varak. 845 (1441) tarihinde. Metin kırmızıdır.
253	Milli Kütüphane Yazmalar Koleksiyonu	868	278 varaktır. 848 (1444) İbrâhîm b. Emin b. Habib b. Yaküb. Metin üzeri kırmızı.
254	Samsun İl Halk Kütüphanesi	887	212 varaktır. 848 tarihinde Abdullah. Vakıftan başlamaktadır sonuna kadar. Metin üstü kırmızı.
255	Samsun İl Halk Kütüphanesi	1019	298 varak. Mehmed b. Kutluboğa. 858 (1454)
256	Samsun İl Halk Kütüphanesi	1032	271 varaktır. 1395 tarihinde. Metin kırmızı. Metin kırmızı. Müellif nüshasından istinsah edilmiştir.
257	Ankara Adnan Ötüken İl Halk Kütüphanesi	4555	268 varaktır. Ali b. Ömer b. Ahmed. Vakıfa kadar.
258	Ankara Adnan Ötüken İl Halk Kütüphanesi	1047	276 varak. Ahmed b. Muhammed. Metin üstü kırmızı.
259	Ankara Adnan Ötüken İl Halk Kütüphanesi	381	273 varak. 841 Muhammed b. İlyas. Metin üstü kırmızı. Tahretin başı eksik.
260	Gaziantep İl Halk Kütüphanesi	3404	253 varaktır. 885 Mehmed b. Kasım
261	Antalya Elmalı İlçe Halk Kütüphanesi	2618/1	298 varak. 852 tarihinde.
262	Antalya Elmalı İlçe Halk Kütüphanesi	2622	257 varak. 924 Ali b. İbrahim.
263	Antalya Akseki Yeğen Mehmet Paşa İlçe Halk Kütüphanesi	112	309 varaktır. 864 Süleyman Fakih.
264	Malatya Darende İlçe Halk Kütüphanesi	226	284 varak.

265	Malatya Darende İlçe Halk Kütüphanesi	512	265 varak.
266	Tokat İl Halk Kütüphanesi	315	187 varaktır. Vakıftan başlıyor. Metin üstü kırmızı.
267	Tokat İl Halk Kütüphanesi	435	158 varak. 900 tarihinde. Metin üstü kırmızı. Şirkete kadar.
268	Tokat İl Halk Kütüphanesi	416	260 varak. Metin üstü kırmızı.
269	Tokat Zile İlçe Halk Kütüphanesi	253	255 varaktır. 833 Kasım b. Hacı Samed b. Abdullah. Metin üstü kırmızı.
270	Tokat İl Halk Kütüphanesi	62	177 varak. Metin üstü kırmızı. Vakfa kadar.
271	Eskişehir İl Halk Kütüphanesi	1053	332 varak. 857 Celal b. Sultan Şah Hoyî. Metin üzeri siyah çizilmiş.
272	Şanlıurfa İl Halk Kütüphanesi	32	174 varaktır.
273	Nevşehir Ürgüp Tahsin Ağa İlçe Halk Kütüphanesi	276	236 varak. 826 İdris b. Hasan. Metin üstü kırmızı. Metin üstü kırmızı.
274	Nevşehir Ürgüp Tahsin Ağa İlçe Halk Kütüphanesi	274	224 varak. Üstü kırmızı.
275	Safranbolu İzzet Mehmet Paşa Koleksiyonu	85	579 varak. 887 tarihinde.
276	Çankırı İl Halk Kütüphanesi	377	251 varak. 832 tarihinde Mehmed b. Osman. Metin üstü kırmızı.
277	Afyon Gedik Ahmet Paşa İl Halk Kütüphanesi	17358	143 varak. 811 Hüseyin b. Hızır. Metin kırmızı.
278	Isparta Şarkikaraağaç İlçe Halk Kütüphanesi	8	307 varak. 834 Yahya b. Hamza b. Yahya.
279	Tokat Zile İlçe Halk Kütüphanesi	249	254 varak. 862 tarihinde İshak. b. Muhammed. Metin üstü kırmızı.
280	Tokat Zile İlçe Halk Kütüphanesi	254	257 varak. 834 Muhammed b. Ali b. Muhammed b. Şuayb. Metin üstü kırmızı.
281	Adana İl Halk Kütüphanesi	504	417 varak. Kitap tam değildir.
282	Adana İl Halk Kütüphanesi	246	267 varak. 877 Süleyman b. Hasan. Metin üstü kırmızı.
283	Adana İl Halk Kütüphanesi	78	175 varak. Vekaletin ortasından başlar. Metin üstü çizili.
284	Adana İl Halk Kütüphanesi	709	294 varak. 843 /1439 Yunus b. Yusuf. Metin üstü kırmızı.

285	Adana İl Halk Kütüphanesi	602	281 varak. Muhammed Ekmel Gavanusi. Metin üstü çizili.
286	Adana İl Halk Kütüphanesi	16	158 varak. 884 (1478) Mustafa b. İsa. Vakfa kadar. Metin üzeri çizili.
287	Adana İl Halk Kütüphanesi	614	283 varak. Metnin üzeri çizili.
288	Adana İl Halk Kütüphanesi	673	281 varak. Metin kırmızı.
289	Adana İl Halk Kütüphanesi	1116	238 varak. Müsakat sonuna kadar. Metin üstü kırmızı çizgili.
290	Amasya Beyazıt İl Halk Kütüphanesi	342	341 varak. 726 (1325). Mehmed b. Yusuf
291	Amasya Beyazıt İl Halk Kütüphanesi	350(a)	305 varak. 858 (1453) Mahmud b. Ali b. Yusuf
292	Amasya Beyazıt İl Halk Kütüphanesi	477	245 varak.
293	Amasya Beyazıt İl Halk Kütüphanesi	353	306 varak. Hicri 852 tarihinde istinsah edilmiştir.

Bunların dışında tespitlerimize göre Mısır Dâru'l-Kütübi'l-Mısriyye'de 38 adet, Ezher'in Kütüphanesinde 19 adet, İskenderiye kütüphanesinde 2 ve Tanta'da Mescidi Ahmedi kütüphanesinde 4 nüsha olmak üzere, Mısır'da toplamda 63 nüsha vardır.

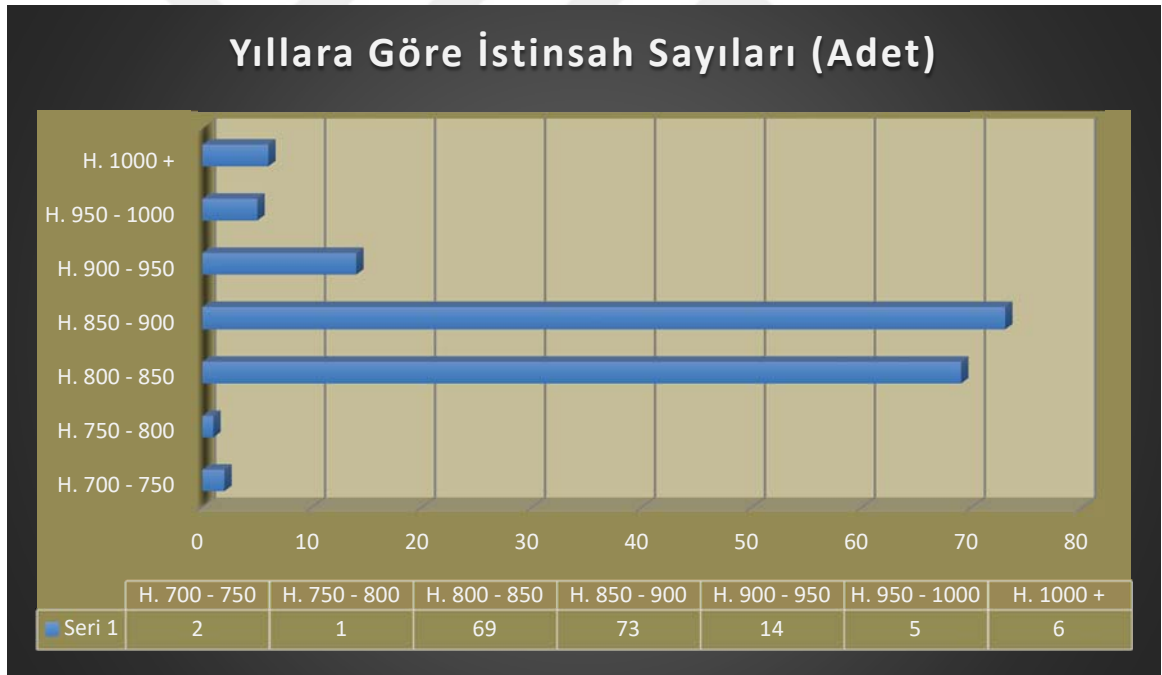
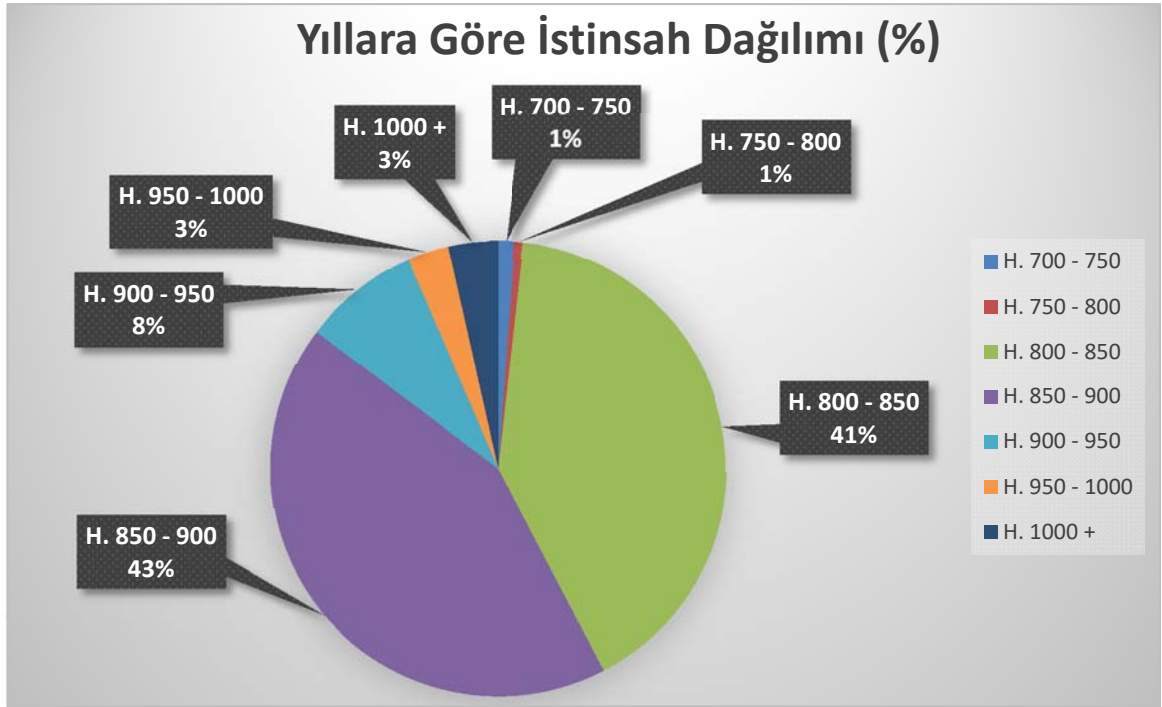
Yurtdışındaki bu nüshalardan üç tanesi tahkik amacıyla temin edilmiştir. Bu nüshalar şunlardır:

1	Ezher Kütüphanesi	2923	314 varaktır. Kitap tamdır. Metin kırmızı renkle yazılmıştır. Mukabele edilmiştir.
2	Ezher Kütüphanesi	2925	426 varaktır. Kitap tamdır. Metin kırmızı renkle yazılmıştır. Mukabele edilmiştir.
3	Dâru'l-Kütüb'ül-Mısriyye	327	219 varaktır. Kitabı'ş-Şuf'a'nın yarısında bitmektedir. Metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiştir.

3.1.1. Eserin Nüshalarına Dair Genel Bilgiler

1. Eserin müellif nüshasına ulaşamamıştır.

2. Kütüphanelerdeki kayıtlarda esere dair bilgilerde eksikler ve hatalar vardır. Bazı nüshalar Fıkıh yerine Kelam olarak tasniflenmiştir. Bazı kitapların künyeleri ve diğer bilgileri sisteme yanlış girilmiştir.
3. Kitabın yaygınlaşması Hicri 800 ile 900 tarihleri arasında olmuştur. Özellikle İbn Melek'in şerhinin yazmaları müellifin şerhine göre çok fazladır. Hatta müellifin şerhi İbn Melek şerhinin yaklaşık onda birine tekabül etmektedir.
4. Aşağıdaki grafiklerde görüleceği üzere incelemiş olduğumuz çalışmalardan tarihi belli olan çalışma sayısı 153'tür. Bunlardan 2 tanesi H. 700-750 yılları arasında, 1 tanesi H. 750-800 yılları arasında, 69 tanesi H. 800-850 yılları arasında, 73 tanesi H. 850-900 yılları arasında, 14 tanesi H. 900-950 yılları arasında, 5 tanesi H. 950-1000 yılları arasında ve 6 tanesi de H. 1000 yılından sonra istinsah edilmiştir.
5. Çok sayıda nüshanın mukabele yoluyla kontrol edildiği görülmektedir. Bu da eldeki nüshaların güvenilirliğini artırmaktadır.



3.1.2. Tahkikte Esas Alınan Nüshalar

Tahkik işleminde iki nüsha asıl nüsha olarak esas alınmıştır. Şerhin dört nüshası da yardımcı nüsha olarak kullanılmıştır. Ayrıca metnin iki nüshası da metnin ilgili problemlerde yardımcı nüsha olarak kullanılmıştır. Bu nüshalar şunlardır:

Asıl Nüshalar:

Hafız Ahmed Paşa 36: 290 varaktır. Her sayfa 35 satırdır. Metin kırmızı renkle yazılmıştır. Hicri 838 tarihinde Yusuf b. İbadullah tarafından istinsah edilmiştir. Eserin sonunda 3 defa mukabele edildiği ve bir defa sema/dinlendiğine dair kayıt vardır. Tahkikte bu nüsha esas alınmıştır. Bu nüshaya rumuz olarak ح harfi kullanılmıştır

Dârü'l-kütübi'z-Zâhiriyye 7083: 277 varaktır. Nüsha tamdır. Muhammed b. Mikail tarafından hicri 823 tarihinde müellif nüshasından istinsah edilmiş olup üzerinde İbn Âbidîn'e ait notlar vardır. Bu nüshaya rumuz olarak ÷ harfi kullanılmıştır.

Yardımcı Nüshalar:

Tokat İl Halk Kütüphanesi 138: 225 varaktır. Namazı bozan ve namazda mekruh olanlar konusunun sonundan başlamaktadır. Kitap hicri 820 tarihinde İbrahim b. İshak b. İsa tarafından müellif nüshasından istinsah edilmiştir. Nüsha ayrıca Muhammed b. İbrahim tarafından mukabele edilmiştir.

Topkapı Sarayı Ahmet III 713-1/7132: Bu nüsha iki ciltten oluşmaktadır. İki cildi de aynı kişi tarafından istinsah edilmiştir. Birinci cilt 226 varaktır. Her sayfa 25 satırdır. Metin kırmızı renkle yazılmıştır. İkinci cildi ise 209 varaktır. Her sayfa 25 satırdır. Metin kırmızı renkle yazılmıştır. Birinci cildi Hicri 869'de, ikinci cildi ise hicri 871 yılında Ömer Muhammed el-Ömeri tarafından istinsah edilmiştir. Belirli aralıklarla okunduğu ve tashih edildiğine dair kayıtlar vardır.

Diyanet 1159: 311 varaktır. Her sayfası 31 satırdır. 147^h'a kadar metin üzerine kırmızı çizgi çekilmiş 148 varaktan itibaren metin kırmızı renktedir. Kitap hicri 855 tarihinde Muhammed b. Adil tarafından istinsah edilmiştir. Kitap, mukabele edilmiştir.

Samsun Gazi Kütüphanesi 1032: 271 varaktır. Metin kırmızıdır. 1395 tarihinde müellif nüshasından istinsah edilmiştir.

Yardımcı Nüsha Olarak Kullanılan Metinler:

Yusuf Ağa (Konya) 9184: 121 varaktır. Hicri 860 yılında Muhammed Abdülaziz b. Müslim tarafından müellif nüshasından istinsah edilmiştir.

Atıf Efendi 1028: 205 varaktır. Müellif nüshasından istinsah edilmiştir.

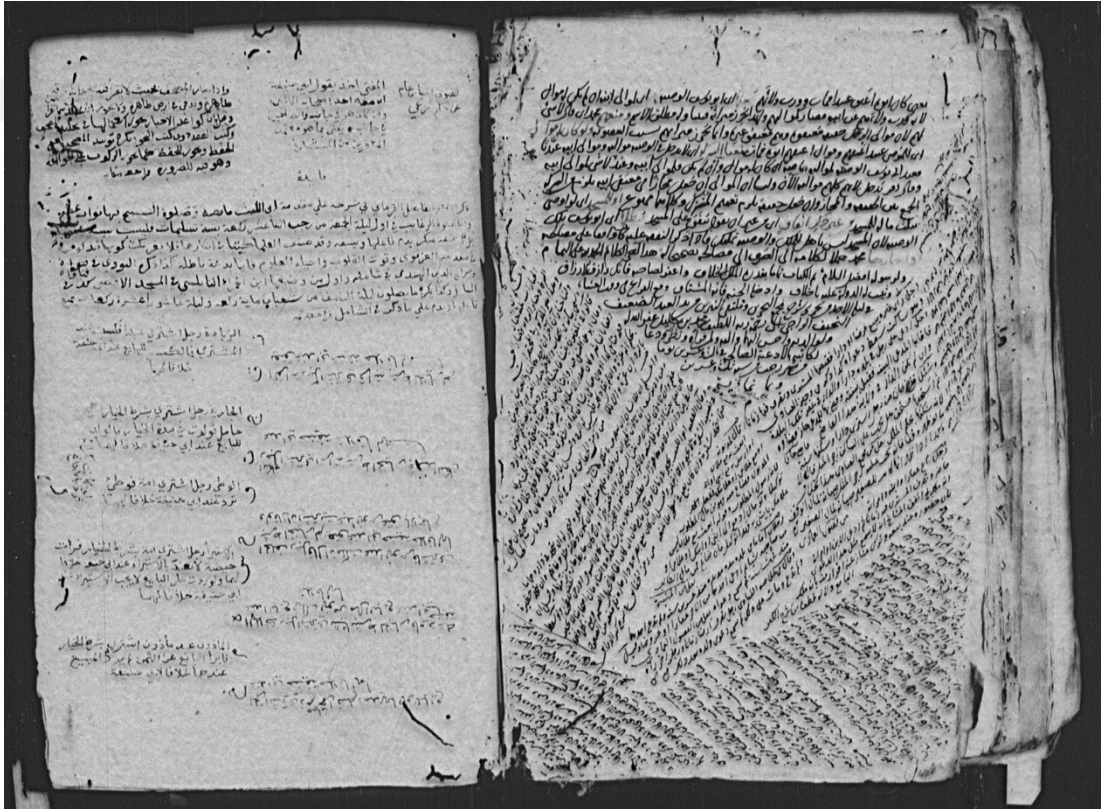
3.1.3. Esas Alınan Nüshalardan Örnekler

Nüsharın başlarından ve sonlarından örnek görüntüler verilmiştir:

Hafız Ahmed Paşa 36



Dârü'l-kütübî'z-Zâhiriyye 7083



3.1.4. Tahkikte Takip Edilen Yöntem

1. Gerekli görüldüğü yerlerde köşeli parantez [] içine alarak başlık-alt başlık ve rakam kullanılmıştır.

2. Nüsha farklılıkları şu şekilde gösterilmiştir:

- Nüshada fazlalık bulunduğu durumda “artı” (+) işareti kullanılmıştır. Buna göre ح + الأمر Anlamı: ح nüshasında الأمر kelimesi fazladan bulunmaktadır.

- Nüshada eksiklik bulunduğu durumda “eksi” (-) işareti kullanılmıştır. Buna göre ح - الأمر Anlamı: ح nüshasında الأمر kelimesi eksiktir.

- Nüshada, diğer nüshalarda bulunan kelimeye/cümleye alternatif olarak başka bir kelime/cümle bulunduğu durumda “iki nokta” (:) işareti kullanılmıştır.

a) ح كالأمر : كالأمر Anlamı: Metinde geçen mesela بالأمر kelimesi yerine ح nüshasında كالأمر ifadesi yer almaktadır.

- Nüsha farklılığı iki satırdan fazla değil ise dipnotta “eksi” (-) veya (+) işareti kullanılarak aynen yazılmıştır.

- Nüsha farklılığı iki satırdan daha uzun olduğunda, eksiklikler başlangıç ve sonları eksik olan kısım anlaşılacak şekilde verilmek suretiyle kaydedilmiş, fazlalıklar ise tamamen yazılmıştır.

3. Herhangi bir nüshanın hâmişinden gerekli bir nakil yapılacaksa şu şekilde gösterilmiştir: ... وفي هامش ح:

4. Metinde ve dipnotta geçen âyetler çiçekli parantez içerisine alınmış, sûre ismi ve âyet numarası köşeli parantez içinde verilmiştir.

5. Hadis tahriçlerinde *el-Mu‘cemu’l-müfehres (Concordance)* sistemi tercih edilmiştir. Bu sistemde hadis kaynaklarının tahririnde öncelikle hadis kaynağı zikredilmiş, virgülden sonra kitap ismi ve bab numarası, aralarına virgül konmadan verilmiştir. Müslim’in Sahîh’i ve Mâlik’in Muvatta’nda bab numarası yerine o kitâbın 1’den başlayan hadis numarası kullanılmıştır. Kaynaklar arasında ise yine noktalı virgül kullanılmıştır. 95 الإیمان، صحيح مسلم، بدء الخلق 4؛ صحيح البخاري، الإیمان 95 gibi...

b) Diğer hadis kaynaklarında hadis kaynağı zikredildikten sonra cilt-sayfa numarası verilmiştir. 389/4، المستدرك للحاكم، صحيح ابن حبان، 326-325/11

6. Noktalama konusunda aşırı uygulamalardan kaçınılmıştır.

7. Birden fazla kaynak veya nüsha farkı gösterilmesi durumunda atıf harfi kullanılmaksızın aralarına noktalı virgöl konulmuştur.



SONUÇ

Tahkik ve inceleme çalışmamız neticesinde ulaştığımız sonuçları ve bazı önerilerimizi maddeler halinde sunmak istiyoruz:

1. Hanefi mezhebinde muhtasarlar IV/X. asrın başında ortaya çıkmıştır. Bu muhtasarlardan biri de İbnü's-Sââtî'nin *Mecmau'l-bahreyn ve mülteka'n-neyyireyn*'idir. *Mecmau'l-bahreyn* mütûn-i erbaadan sayılsa da kanaatimizce diğer metinlerden farklılık göstermektedir. Eserin Kudurî'nin muhtasarı ile Nesefî'nin hilaf ilmîne dair *el-Manzûmetü'n-Nesefîyye*'sine dayanması bu kanaatimizi desteklemektedir.

2. *Mecmau'l-bahreyn* İmam Ebu Hanife, Ebu Yusuf, İmam Muhammed, Züfer, İmam Şafii ve İmam Malik'in görüşlerini zikretmektedir. Müellif, görüşün kime veya kimlere ait olduğunu cümle kalıpları yoluyla şifreli olarak zikretmekte ve ayrıca her biri için de bir harfi rumuz olarak kullanmaktadır. Bu yönüyle bu metin Hanefi mezhebinde alışılmamış bir üsluba sahiptir.

3. *Mecmau'l-bahreyn*'e ilk şerhi, eserin müellifi olan İbnü's-Sââtî yazmıştır. Daha sonra bu metin üzerine yazılan şerhler artmıştır. Türkiye kütüphanelerindeki yazma nüshalarından anlaşıldığı kadarıyla bu şerhler arasında İbn Melek'in şerhi en çok rağbet görenidir. İbnü's-Sââtî'nin kendi şerhinden daha fazla rağbet görmüştür.

4. İbn Melek *Şerhu Mecmai'l-bahreyn* olarak bilinen şerhinde bütün ilmi birikimini ortaya koymuş, memzuc bir şerh metodu takip etmiş ve İbnü's-Sââtî'nin şerhinin yaklaşık yarısı büyüklüğünde bir eser ortaya koymuştur. İbn Melek şerhinde birçok klasik kaynaktan istifade etmiş ve bu kaynaklara şerhinde atıfta bulunmuştur.

5. Şerhu Mecmai'l-bahreyn bir şerh olması yanında bir telif özelliği göstermektedir.

6. Şerh ve haşiyeler anlamdırma ve ıslah değil bir inşa çalışmasıdır.

7. İbn Melek şerhinde zaman zaman İbnü's-Sââtî'nin şerhine itirazlarda bulunmuş, ayrıca *Mecmau'l-bahreyn* metnine müdahalelerde bulunarak metin üzerinde düzeltmeler önermiştir.

8. Özellikle Hanefi literatüründe yazılmış birçok hacimli eser ve şerh halen yazma halinde durmaktadır. Bunların bütüncül bir indeksinin çıkarılarak belirlenen bir sıraya göre neşredilmesi ve ilim ehlinin istifadesine sunulması önem arz etmektedir.

9. Klasik fıkıh metinlerinin ve şerhlerinin okunması ilim talebelerinin fıkhi müktesebatını ve ufkunu geliştirdiği için bu tür kitapların okunması ve okutulması için uygun ortamların ve meclislerin oluşturulması gerekir.

10. Mütûn-i erbaadan muhtasar eserlerin en azından bir bölümünün birer şerh eşliğinde İlahiyat Fakültelerinde okutulması, öğrencilerin Hanefi fıkıh geleneğine aşinalık kazanmaları açısından son derece faydalı olacaktır. Bu eserlerden bir tanesinin baştan sona okunarak tamamlanması ise öğrenciye önemli bir birikim sağlayacaktır.



KAYNAKÇA

A'zamî, Muhammed Mustafa. "Buhârî, Muhammed b. İsmâil". *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. İstanbul: TDV Yayınları, 1992. 6: 371.

Abd b. Humeyd. *el-Müntehab min Müsnedi Abd b. Humeyd*. Nşr. Subhî es-Sâmerrâî. 1 Cilt. Kahire: Mektebetü's-Sünne, 1408/1988.

Abdürrezzâk, Ebû Bekr b. Hemmâm es-San'ânî. *el-Musannef*. Nşr. Habîburrahmân el-A'zamî. 12 Cilt. Beyrut: el-Mektebü'l-İslâmî, 1983.

Ahmed b. Hanbel, Ebû Abdillâh Ahmed b. Muhammed b. Hanbel eş-Şeybânî, *el-Müsned*. Nşr. Ebu'l-Muâtî en-Nûrî. 6 Cilt. Beyrut: Âlemu'l-Kütüb, 1419/1998.

Akgündüz, Ahmet. "İtkânî". *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. İstanbul: TDV Yayınları, 2001. 23: 465.

Ali Cuma Muhammed. *el-Mekâyil ve'l-mevâzini's-şeriyeye*. Kahire: Mektebetü Kudüs, 2001.

Alî el-Kârî, Nûruddîn Alî b. Muhammed. *el-Esrâru'l-merfû'a fi'l-ahbâri'l-mevdûa*. Nşr. Muhammed es-Sabbâğ. Beyrût: Müessesetü'r-Risâle, 1971.

Apaydın, H. Yunus. *İslam Hukuk Usulü*. 5. Baskı. Ankara: Bilay, 2018.

Ayaz, F. Yahya. "Erken Dönem Memluk Tarihçilerinin Bağdat'ın Moğollar Tarafından İstilasıyla Alakalı Rivayet ve Yorumları". *İslam Medeniyetinde Bağdat (Medînetü's-Selâm) Uluslararası Sempozyum, 07-08-09 Kasım 2008*. y.y: 2011. 1: 261-282.

Aybakan, Bilal. "Râfîî, Abdülkerîm b. Muhammed". *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. İstanbul: TDV Yayınları, 2007. 34: 395.

Aybakan, Bilal. "Şîrâzî, Ebû İshak". *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. İstanbul: TDV Yayınları, 2010. 39: 185.

Aynî, Ebû Muhammed Mahmûd b. Ahmed. *el-Binâye şerhu'l-Hidâye*. 13 Cilt. Beyrût: Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, 1420/2000.

Bâbertî, Ekmeluddîn Muhammed b. Muhammed er-Rûmî. *el-İnâye şerhu'l-Hidâye*. 10 cilt. Beyrût: Dâru'l-Fikr, ts.

Bağdatlı İsmail Paşa. *Hediyyetü'l-ârifîn esmâü'l-müellifîn ve âsârü'l-musannifîn*. Beyrut: Dâru İhyai't-Turasi'l-Arabî, 1951.

Bağdatlı İsmail Paşa. *İzâhu'l-meknûn fi'z-zeyli alâKeşfi'z-zünûn an esâmi'l-kütüb ve'l-fünûn*. Beyrut: Dâru İhyâi't-Türasi'l-Arabî, ts.

Baktır, Mustafa. "İbn Melek". *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. İstanbul: TDV Yayınları, 199. 20: 175.

Baktır, Mustafa. “Tireli İbni Melek Hayatı Eserleri ve Menar Şerhi”. *Atatürk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*. 9 (1990).

Bedir, Murteza. “Nesefî, Ebü'l-Berekât”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. İstanbul: TDV Yayınları, 2006. 32: 567-568.

Bedir, Murteza. “Üsrüşenî”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. İstanbul: TDV Yayınları, 2012. 42: 392-393.

Benli, Mehmet Sami. “el-Mufassal”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. İstanbul: TDV Yayınları, 2005. 30: 368-369.

Beyhakî, Ebu Bekr Ahmed b. el-Hüseyn. *es-Sünenü'l-kübrâ*. Nşr. Muhammed Abdülkadir Ata. 10 Cilt. Mekke: Mektebetü Dâri'l-Bâz, 1414/1994.

Beyhakî, Ebu Bekr Ahmed b. el-Hüseyn. *es-Sünenü's-suğrâ (el-Minnetü'l-kübrâ içinde)*. Nşr. Muhammed Dıyâurrahmân el-A'zamî. 6 Cilt. Riyâd: Mektebetü'r-Rüşd, 1422/2001.

Beyhakî, Ebu Bekr Ahmed b. el-Hüseyn. *Ma'rifetü's-sünen ve'l-âsâr*, Nşr. Abdülmu'tî Emîn Kal'acî. 15 Cilt. Kahire: Dâru'l-Va'y, 1411/1991.

Beyhakî, Ebu Bekr Ahmed b. el-Hüseyn. *Şuabu'l-îmân*. Nşr. Muhammed es-Saîd Besyûnî Zağlûl. 7 Cilt. Beyrût: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1410.

Bezzâr, Ebû Bekr Ahmed b. Ömer. *el-Bahru'z-zehhâr (Müsnedü'l-Bezzâr)*. Nşr. Mahfûzurrahmân Zeynullâh. 20 Cilt. Medîne: Mektebetü'l-Ulûm ve'l-Hikem, 1409/1988.

Boynukalın, Mehmet. *Fıkıh Usulü Âlimleri ve Eserleri (III-XIII. Hicri Yüzyıl)*. 1. Baskı. İstanbul: İFAV, 2017.

Brockelmann, Carl. *Tarihu'l-Edebi'l-Arabî*. Kahire: Dâru'l-Maârif, 1997.

Buhârî, Ebû Abdillâh Muhammed b. İsmâîl. *el-Câmiu's-sahîhi'l-muhtasar*. Nşr. Muhibbuddin el-Hatîb - M. Fuad Abdülbâkî - Kusay Muhibbuddin el-Hatîb. 4 Cilt. Kahire: Matbaatü's-selefiyye, 1400.

Buhârî, Ebû Abdillâh Muhammed b. İsmâîl. *Kitâbu't-Târîhi'l-kebîr*. 8 Cilt. Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, ts.

Cemal Muhtar. *İki Kur'an Sözlüğü Luğat-ı Ferišteoğlu ve Luğat-ı Kânûn-ı İlahi*. İstanbul: İFAV, 1993.

Cici, Recep. *Osmanlı Dönemi İslam Hukuku Çalışmaları (Kuruluştan Fatih Devri Sonuna Kadar)*. Bursa: Arasta Yayınları, 2001.

Çöğenli, M. Sadi. “Mutarrizî”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. İstanbul: TDV Yayınları, 2006. 31: 478-479.

Dadaş, Mustafa Bülent. *Şeyh Bedrettin Bir Osmanlı Fakihî*. 1. Baskı. Ankara: İsam Yayınları, 2018.

Dârekutnî, Ali b. Ömer Ebu'l-Hasan. *Sünenü'd-Dârekutnî*. Nşr. Abdullâh Hâşim Yemânî. 4 Cilt. Beyrut: Dâru'l-Ma'rife, 1386/1966.

Dârekutnî, Ebu'l-Hasan Alî b. Ömer. *el-İlelü'l-vâride fi'l-ehâdisi'n-nebeviyye*. 15 cilt. Nşr. Mahfûzurrahmân Zeynullah. Riyâd: Dâru Taybe, 1985.

Dârimî, Ebû Muhammed Abdullah b. Abdurrahmân es-Semerkindî. *es-Sünen*. 2 Cilt. İstanbul: Çağrı Yayınları, 1992.

Demirbaş, Mehmet Ali. "XVI. Yüzyılda Tire Vakıflarına Ait Notlar". *Türk Kültüründe Tire*. Haz. Mehmet Şeker. Ankara: 1994. s.s. 25-29.

Ebû Avâne, Ya'kûb b. İshâk el-İsferâinî. *Müsnedü Ebî Avâne*. 5 cilt. Nşr. Eymen b. Ârif ed-Dımeşkî. Beyrût: Dâru'l-Ma'rife, 1998.

Ebû Avâne, Ya'kûb b. İshâk el-İsferâinî. *Müsnedü Ebî Avâne*. Nşr. Eymen b. Ârif ed-Dımeşkî. 5 Cilt. Beyrut: Dâru'l-Ma'rife, 1419/1998.

Ebû Dâvûd, Süleymân b. el-Eş'as. *es-Sünen*, 5 Cilt. İstanbul: Çağrı Yayınları, 1992.

Ebû Hanîfe, en-Nu'mân b. Sâbit. *Müsnedu Ebî Hanîfe rivâyetü'l-Haskefi*. Nşr. Abdurrahman Hasan Mahmûd. Mısır: Dâru'l-Âdâb, ts.

Ebû Ubeyd, el-Kâsım b. Sellâm. *Kitâbu'l-emvâl*. Nşr. Ebû Enes Seyyid b. Receb. 2 cilt. Mısır: Dâru'l-Hedyi'n-Nebî, 2007.

Ebû Ya'lâ, Ahmed b. Alî el-Müsennâ. *Müsnedü Ebî Ya'lâ*. Nşr. Hüseyin Selim Esed. 13 Cilt. Dımeşk: Dâru'l-Me'mûn, 1404/1984.

Ebû Yûsuf, Ya'kûb b. İbrâhîm el-Ensârî. *el-Âsâr*. Nşr. Ebu'l-Vefâ el-Afganî. 1 Cilt. Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, ts.

Ebû'l-Abbâs Muzafferüddîn Ahmed b. Alî b. Tağlib. *Şerhu Mecmai'l-bahreyn ve mülteka'n-neyyireyn*. Nşr. Salih b. Abdullah b. Salih el-Laydân v.dğr. 1. Baskı. Mısır: Dâru'l-Felah, 2015.

Emecen, Feridun. "Saruhanogulları". *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. İstanbul: TDV Yayınları, 2009. 36: 170-173.

Emecen, Feridun. "Umur Bey". *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. İstanbul: TDV Yayınları, 2012. 42: 156-159.

Fâkihî, Ebû Abdillâh Muhammed b. İshâk. *Ahbâru Mekke fi kadîmi'd-dehri ve hadîsîhî*. Nşr. Abdülmelik Abdullâh. 3 Cilt. Beyrut: Dâru Hıdır, 1414.

Gökbulut, Hasan. "Kâfiyeci". *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. İstanbul: TDV Yayınları, 2001.

Günay, Hacı Mehmet, “Semerkandî, Alâeddin”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2009), 36: 471.

Hacı Halife Mustafa b. Abdullah Kâtib Çelebi. *Keşfü’z-zunûn an esâmi’l-kütüb ve’l-fünûn*. Beyrut: Dâru İhyâü’t-Türasi’l-Arabî, ts.

Hâkim, Ebû Abdullah Muhammed en-Nisâbüri. *el-Müstedrek ale’s-Sahîhayn* (ve bi zeylihi et-Telhîs). Nşr. Yûsuf Abdurrahmân Mar’aşlı. 4 Cilt. Beyrût: Dâru’l-Ma’rife, ts.

Halebî, İbrâhîm b. Muhammed b. İbrâhîm. *Mülteka’l-ebhur*. Nşr. Vehbi Süleyman Gaveci el-Elbânî. Beyrut: Müessesetü’r-Risâle li’n-Nâşirun, 1989.

Humeydî, Ebû Bekir Abdullah b. ez-Zübeyr. *Müsnedü’l-Humeydî*. Nşr. Hüseyin Selîm Esed. 2 Cilt. Dımeşk: Dâru’s-Sakâ, 1996.

İbn Abdilhâdî, Şemsuddîn Muhammed b. Ahmed el-Hanbelî. *Tenkîhu tahkiki ehâdisi’t-Ta’lîk*. 5 cilt. Nşr. Sâmî b Muhammed b. Câdillâh - Abdülazîz b. Nâsir. Beyrût: Advâu’s-Selef, 1428/2007.

İbn Adiy, Ebû Ahmed Abdullah el-Cürcânî. *el-Kâmil fî duafâi’r-ricâl*. Nşr. Yahyâ Muhtâr Gazzâvî. 7 Cilt. Beyrût: Dâru’l-Fikr, 1409/1988.

İbn Asâkir, Ebu’l-Kâsım Alî b. el-Hasan. *Târîhu medîneti Dımeşk*. Nşr. Muhibbuddîn Ebû Saîd el-Amrî. 70 cilt. Beyrût: Dâru’l-Fikr, 1995.

İbn Battûta. *Seyahatnâme*. İstanbul: 2004.

İbn Ebî Şeybe, Ebû Bekr Abdullah b. Muhammed el-Absî. *el-Musannef*. Nşr. Muhammed Avvâme. 16 Cilt. Beyrût: y.y., 2006.

İbn Hacer, Ahmed b. Ali el-Askalânî. *ed-Dirâye fî tahrîci ehâdisi’l-Hidâye*. Nşr. Abdullâh Hâşim el-Yemânî. 2 Cilt. Beyrut: Dâru’l-Ma’rife, ts.

İbn Hibbân, Muhammed b. Hibbân b. Ahmed el-Büstî. *Sahîhu İbn Hibbân (bi tertîbi İbn Belbân)*. Nşr. Şuayb el-Arnâvut. 18 Cilt. Beyrût: Müessesetü’r-Risâle, 1414/1993.

İbn Huzeyme, Ebû Bekr Muhammed b. İshak. *Sahîhu İbn Huzeyme*. Nşr. Muhammed Mustafa el-A’zamî. 4 Cilt. Beyrût: el-Mektebü’l-İslâmî, 1390/1970.

İbn Kutluboğa, Ebü’l-Adl Zeynüddin Kâsım b. Kutluboğa. *Tâcü’t-terâcim*. Nşr. Muhammed Hayr Yûsuf. 1. Baskı. Dımaşk: Dâru’l-Kalem, 1992.

İbn Mâce, Ebû Abdullah Muhammed b. Yezîd el-Kazvîni. *es-Sünen*. Nşr. Muhammed Fuâd Abdülbâkî. 2 Cilt. İstanbul: Çağrı Yayınları, 1992.

İbn Mâze, Burhânuddîn Mahmûd b. Ahmed. *el-Muhîtu’l-burhânî fi’l-fikhi’n-Nu’mânî*. Nşr. Abdülkerîm Sâmî el-Cündî. 9 Cilt. Beyrût: Dâru’l-Kütübi’l-İlmiyye, 1424/2004.

İbn Melek, İzzeddin Abdüllatif b. Abdülaziz b. Melek. *Mebâriku'l-ezhâr fi şerhi Meşâriki'l-envâr*. Nşr. Ebu Eşref b. Abdilmaksud b. Abdirrahman. Beyrut: Dâru'l-Cîl, 1995.

İbn Melek, İzzeddin Abdüllatif b. Abdülaziz b. Melek. *Şerhu Mecmai'l-bahreyn*. Süleymaniye Ktp. Hafız Ahmed Koleksiyonu. nr. 36, vr. 129b.

İbn Sa'd, Muhammed b. Sa'd b. Menî'. *et-Tabakâtü'l-kübrâ*. Nşr. İhsan Abbâs. 8 Cilt. Beyrût: Dâru Sâdır, 1968.

İbnü'l-Ca'd, Ebu'l-Hasan Alî b. el-Ca'd el-Cevherî el-Bağdâdî. *Müsnedu İbni'l-Ca'd*. Nşr. Âmir Ahmed Hayder. Beyrût: Müessesetü Nâdir, 1990.

İbnü'l-Cevzî, Ebu'l-Ferec Abdurrahmân b. Alî. *Kitâbu'l-mevzûât*. Nşr. Abdurrahmân Muhammed Osmân. 3 cilt. Medine: el-Mektebetü's-Selefiyye, 1996.

İbnü'l-Münzir, Ebû Bekr Muhammed b. İbrâhîm en-Nisâbü'rî. *el-Evsat fi's-sünen ve'l-icmâ' ve'l-ihtilâf*. Nşr. Ahmed b. Muhammed Hanîf. 11 Cilt. Riyad: Dâru Taybe, 1405/1985.

İbnü's-Sââtî, Ebü'l-Abbâs Muzafferüddîn Ahmed b. Alî b. Tağlib el-Ba'lebekkî el-Bağdâdî. *Mecmau'l-bahreyn ve mülteka'n-neyyireyn*. Nşr. İlyas Kaplan. 1. Baskı. Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 2005.

İbnü's-Sââtî. *Nihâyetü'l-vüsûl ilâ ilmi'l-usûl*. Nşr. Sa'd b. Garîr b. Mehdî es-Sülemî. Mekke: Câmîatü Ümmü'l-Kurâ, 1418.

İbnü'ş-Şihne, Lisânüddîn Ebu'l-Velîd Ahmed b. Muhammed el-Halebî. *Lisânü'l-hukkâm fi ma'rifeti'l-ahkâm*. Kahire: el-Bâbî el-Halebî, 1973.

İshâk b. Râhûye, İshâk b. İbrâhîm b. Mahled. *Müsnedü İshâk b. Râhûye*. Nşr. Abdülğafûr b. Abdülhak. 5 Cilt. Medîne: Mektebetü'l-İmân, 1412/1991.

Kâfiyeci, Muhyiddin Ebû Abdillâh Muhammed b. Süleyman el-Hanefî. *Kitâbü't-Teysîr fi kavâidi 'ilmi't-tefsîr*. Nşr. İsmail Cerrahoğlu. 2. Baskı. Ankara: Ankara Üniversitesi Basımevi, 1989.

Kallek, Cengiz. "Kudûrî". *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. Ankara: TDV Yayınları, 2002), 26: 321-322.

Kandemir, M. Yaşar. "Müslim b. Haccâc". *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. İstanbul: TDV Yayınları, 2002. 32: 93.

Kandemir, M. Yaşar. "Nevevî". *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. İstanbul: TDV Yayınları, 2007. 33: 46.

Karapınar, Hüseyin. "Kâkî". *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. İstanbul: TDV Yayınları, 2001. 24: 216.

Kâsânî, Alâuddîn Ebû Bekr b. Mes'ud el-Hanefî. *Bedâiu 's-sanâi' fî tertîbi 'ş-şerâi'*. 7 Cilt. Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1406/1986.

Kefevi, Mahmûd b. Süleyman. *Ketâibü a'lâmi'l-ahyâr min fukahâi mezhebi'n-Nu'mâni'l-muhtâr*. Nşr. Saffet Köse v.dğr. 1. Baskı. İstanbul: İrşad Kitabevi, 2017.

Kılıç, Ayşegül. "Karamanoğulları'nın Tarsus'ta Tutunma Mücadelesi ve Bölgedeki Anadolu Beylikleri ile Olan İlişkileri". *Trakya Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*. 18/1, (2016). ss. 318-320.

Kırpık, Güray. "Bağdat Nizamiye Medresesi'nin Kuruluşu, Yapısı ve İşleyişi". *İslam Medeniyetinde Bağdat (Medînetü's-Selâm) Uluslararası Sempozyu.*, 07-08-09 Kasım 2008, 2011. s. 685-698.

Koca, Ferhat. "el-Manzûmetü'n-Nesefiyye". *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. Ankara: TDV Yayınları, 2003. 28: 34-35.

Koca, Ferhat. "Kâsânî". *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. İstanbul: TDV Yayınları, 2001. 24: 531. Koca, Fethat. "Mergînânî, Burhâneddin". *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. Ankara: TDV Yayınları, 2004. 29: 182.

Kocabaş, Savaş. *el-İmam Fahrüddin ez-Zeylai ve Kitabuhu Tebyinu'l-Hakaik*. Lübnan: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 2016.

Köymen, Mehmet Altay. *Büyük Selçuklu İmparatorluğu Tarihi*. Ankara: 1992.

Kudûrî, Ebu'l-Hüseyn Ahmed b. Muhammed. *Muhtasarü'l-Kudûrî fî'l-fikhi'l-Hanefî*. Nşr. Kâmil Muhammed Uveyda. 1 Cilt. Beyrût: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1418/1997.

Kumbasar, H. Murat. *Bâbertî ile İbn Melek Arasındaki Fikhî Tartışmalar Tuhfe - Mebârik Özelinde*. Ankara: Araştırma Yayınları, 2016.

Kureşî, Ebû Muhammed Muhyiddîn Abdülkâdir b. Muhammed b. Muhammed el-Mısrî. *el-Cevâhirü'l-mudîyye fî tabakâti'l-Hanefiyye*. Nşr. Abdülfettâh M. el-Hulv. 2. Baskı. Kahire: Müessesetü'r-Risâle, 1993.

Leknevî, Muhammed Abdülhay. *el-Fevâidü'l-behiyye fî terâcimi'l-Hanefiyye*. Kahire: Dâru'l-Kitabi'l-İslâmî, ts.

M. Necmüddîn el-Kürdi. *Şer'î Ölçü Birimleri ve Fikhî Hükümleri*. Çev. İbrahim Tüfekçi. İstanbul: Buruç Yayınları, 1996.

Mâlik b. Enes, *el-Muvatta'*. Nşr. Muhammed Mustafâ el-A'zamî. 8 cilt. Abu Dabi: Müessesetü Ziyâd b. es-Sultân Âli Nihyân, 2004.

Mehmet Tahir, Bursalı. *Osmanlı Müellifleri*. Haz. M. A. Yekta Saraç. Ankara: TÜBA, 2016.

Merâgî, Abdullah Mustafa. *el-Fethu'l-mübîn*. Kahire: y.y. ts.

Merçil, Erdoğan. “Aydınöğulları”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. İstanbul: TDV Yayınları, 1991. 4: 239-240.

Merğınânî, Burhânuddîn Alî b. Ebî Bekr. *el-Hidâye fî şerhi Bidâyeti'l-mübtedî*. Nşr. Tallâl Yûsuf. 4 Cilt. Beyrût: Dâru İhyâi't-Türâsi'l-Arabî, ts.

Mete, Zekai. “Tire”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. İstanbul: TDV Yayınları, 2012. 41: 195.

Mevsilî, Mecdüddîn Abdullâh b. Mahmûd. *el-İhtiyâr li ta'lîli'l-Muhtâr*. 5 cilt. Nşr. Mahmûd Ebû Dakîka. Kâhire: Matbaatü'l-Halebî, 1937.

Muhammed Seyyid Bey. *Fıkıh Usulü -Giriş-*. Haz. Hasan Karayığit. 1. Baskı. İstanbul: Düşün Yayıncılık, 2010.

Müslim b. el-Haccâc en-Nisâbüri. *Sahîhu Müslim*. Nşr. Muhammed Fuâd Abdülbâki. 5 Cilt. Beyrut: Dâru İhyâi't-Türâsi'l-Arabî, ts.

Nâcî Ma'rûf. *Târîhu ulemâi'l-Müstansırıyye*. 1. Baskı. Bağdat: Matbaatu'l-Ânî, 1959.

Nesâî, Ebû Abdurrahman Ahmed b. Şuayb. *es-Sünen*. 8 Cilt. İstanbul: Çağrı Yayınları, 1992.

Öğüt, Salim, “Ebû Yûsuf”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 1994), 10: 264.

Özaydın, Abdülkerim. “Nizâmiye Medresesi”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. İstanbul: TDV Yayınları, 2007.

Özek, Ali. “el-Keşşâf”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. Ankara: TDV Yayınları, 2002), 25: 329.

Özel, Ahmet, “Kâdîhan”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2001), 24: 123.

Özel, Ahmet, “Sadrüşşehîd”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2008), 35:426.

Özel, Ahmet. “Alâeddin Ali Esved”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. İstanbul: TDV Yayınları, 1989. 2: 319.

Özel, Ahmet. “İbnü's-Sââtî, Muzafferüddin”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. İstanbul: TDV Yayınları, 2000.

Özel, Ahmet. “Kerderî, Şemsüleimme”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. İstanbul: TDV Yayınları, 2012.

Özel, Ahmet. *Hanefî Fıkıh Âlimleri*. 3. Baskı. Ankara: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 2013.

- Özel, Ahmet. *İmam Ebû Hanîfe ve Hanefî Mezhebi*. Ankara: DİB Yayınları, 2015.
- Öztürk, Mustafa – Mertoğlu, M. Suat. “Zemahşerî”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. İstanbul: TDV Yayınları, 2013. 44: 235, 237.
- Ramsay, W. M.. *Anadolu'nun Tarihi Coğrafyası*. Çev. Mihri Pektaş. İstanbul: Milli Eğitim Basımevi, 1960.
- Rebî' b. Habîb el-Ezdî el-Basrî. *el-Câmiu's-sahîh Müsnedü'l-İmâm er-Rebî' b. Habîb*. Nşr. Muhammed İdrîs, Âşûr b. Yûsuf. Beyrût: Dâru'l-Hıkme, 1415.
- Rıdvanoglu, Mahmut. “Habbâzî”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. İstanbul: TDV Yayınları, 1996. 14: 343.
- Saîd b. Mansûr, Ebû Osmân el-Cûzcânî. es-Sünen. Nşr. Sa'd b. Abdillâh b. Abdilazîz. 5 cilt. Riyâd: Dâru'l-Asîmî, 1414.
- Sakkâr, Sâmî - Bozkurt, Nebi. “Müstansırıyye Medresesi”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. İstanbul: TDV Yayınları, 2006.
- Serahsî, Şemsü'l-eimme Muhammed b. Ahmed. *el-Mebsût*. 30 Cilt. Beyrut: Dâru'l-Ma'rife, 1414/1993.
- Süyûtî, Celâluddîn Abdurrahmân b. Ebî Bekr. *el-Leâli'l-masnûa fi'l-ehâdisi'l-mevdûa*. Beyrût: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, ts.
- Şâfî, Ebû Abdillâh Muhammed b. İdrîs. *Müsnedü's-Şâfî*. Beyrût: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, ts.
- Şâşî, Ebû Saîd el-Heysen b. Küleyb. *el-Müsned*. Nşr. Mahfûzurrahmân Zeynullâh. 3 Cilt. Medîne: Mektebetü'l-Ulûm ve'l-Hikem, 1410.
- Şeşen, Ramazan. “Eyyûbîler (Siyasi Tarih, Medeniyet Tarihi)”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. İstanbul: TDV Yayınları, 1995. 12: 26-28.
- Şeybânî, Ebû Abdillâh Muhammed b. el-Hasan. *el-Âsâr*. Ebu'l-Vefâ el-Afganî. 2 Cilt. Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, ts.
- Şeybânî, Ebû Abdillâh Muhammed b. el-Hasan. *el-Asl el-ma'rûf bi'l-Mebsût*. 12 cilt. Nşr. Muhammed Boynukalın. Beyrût: Dâru İbn Hazm, 2012.
- Şeyhîzâde, Abdurrahmân b. Muhammed. *Mecmeu'l-enhür fi şerhi Mülteka'l-ebhur*. 2 Cilt. Kâhire: Dâru İhyâi't-Türâsi'l-Arabî, ts.
- Taberânî, Ebu'l-Kâsım Süleymân b. Ahmed. *el-Mu'cemu'l-evsat*. Nşr. Târik b. İvadullâh – Abdulmuhsin b. İbrâhîm. 10 Cilt. Kahire: Dâru'l-Haremeyn, 1415.
- Taberânî, Ebu'l-Kâsım Süleymân b. Ahmed. *el-Mu'cemu'l-kebir*. Nşr. Hamdî Abdülmecîd es-Silefî. 20 Cilt. Musul: Mektebetü'l-Ulûm ve'l-Hikem, 1404/1983.

Taberânî, Ebu'l-Kâsım Süleymân b. Ahmed. *el-Mu'cemu's-sağîr*. Nşr. Mahmûd Şekûr. 2 Cilt. Beyrut: el-Mektebu'l-İslâmî, 1405/1985.

Taberî, Ebû Ca'fer Muhammed b. Cerîr. *Tehzîbü'l-âsâr ve tafsîlü's-sabit an Rasûlillâh mine'l-ahbâr*. Nşr. Mahmûd Muhammed Şâkir. 2 cilt. Kahire: Matbaatü'l-Medenî, ts.

Tahavî, Ebû Ca'fer Ahmed b. Muhammed. *Şerhu Meâni'l-Âsâr*. Nşr. Muhammed Zehra en-Neccâr. 4 Cilt. Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1399.

Tahavî, Ebû Ca'fer Ahmed b. Muhammed. *Şerhu Müşkili'l-âsâr*. Nşr. Şuayb el-Arnâvût. 16 Cilt. Beyrut: Müessesetü'r-Risâle, 1415/1994.

Tancî, Ebû Abdillâh Şemsüddîn (Bedrüddîn) Muhammed b. Abdillâh b. Muhammed b. İbrâhîm el-Levâtî. *Tuhfetü'n-nüzzâr fî garâibi'l-emsâr ve acâibi'l-esfâr*. Nşr. Ali el-Müntasır. Beyrut: 1975.

Taşköprizâde Ahmed Efendi. *eş-Şekâ'iku'n-nu'mâniyye fî ulemâi'd-devleti'l-Osmâniyye*. Nşr. Ahmed Suphi Furat. İstanbul: 1985.

Tayâlisî, Ebû Dâvud Süleymân b. Dâvûd. Müsned. Nşr. Muhammed b. Abdülmuhsin et-Türkî. 4 Cilt. Kâhire: Hecer li't-Tıbâa ve'n-Neşr, 1419/1999.

Temimî, Takıyyüddin b. Abdülkâdir. *et-Tabakâtü's-seniyye fî terâcimi'l-Hanefiyye*. Nşr. Abdülfettâh Muhammed el-Hulv. 1. Baskı. Riyad: Dâru'r-Rifâi 1403.

Tirmizî, Ebû İsâ Muhammed b. İsâ. *el-Câmiu's-sahîh (Sünenu't-Tirmizî)*. Nşr. Ahmed Muhammed Şâkir v.dğr. 5 Cilt. Beyrut: Dâru İhyâi't-Türâsi'l-Arabî, ts.

Tokloğlu, Faik. *Büyük Mütefekkir ve Mutasavvıf Abdüllatif ibni Melek*. İzmir: Berrin Matbaası, 1955.

Ukaylî, Ebu Cafer Muhammed b. Amr. *Kitâbu'd-Duafâi'l-kebîr*. Nşr. Abdülmu'tî Emîn Kal'acî. 4 Cilt. Beyrût: Dâru'l-Mektebeti'l-İlmiyye, 1404/1984.

Uzunçarşılı, İsmail Hakkı. *Anadolu Beylikleri ve Akkoyunlu, Karakoyunlu Devletleri*. Ankara: 1969.

Uzunpostalcı, Mustafa. "Ahsîkesî". *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. İstanbul: TDV Yayınları, 2000.

Uzunpostalcı, Mustafa. "Burhâneddin el-Buhârî". *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. İstanbul: TDV Yayınları, 1992. 6: 435-437.

Varlık, Mustafa Çetin. "Germiyanoğulları". *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. İstanbul: TDV Yayınları, 1996. 14: 33-34.

Yaran, Rahmi. "Siğnâkî". *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. İstanbul: TDV Yayınları, 2009. 37: 165.

Yaşaroğlu, M. Kâmil, “Kirmânî, Rükneddin”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2002), 26: 65.

Yılmaz, Metin. “Göreceli Tarih Anlayışına Bir Örnekleme: Bağdat Kütüphanesi Gerçekten Tahrip Edildi mi?”. *EKEV Akademi Dergisi*. 8/18 (2004), ss. 319-342.

Yiğit, F. Akkuş. “Ramazanoğulları Beyliği’nin Kuruluşu”. *Gazi Akademik Bakış*. 7/13 (2013). ss. 210-216.

Yiğit, İsmail. “Memlükler”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. Ankara: TDV Yayınları, 2004. 29: 94-96.

Zebîdî, Ebû Bekr b. Alî b. Muhammed el-Yemenî. *el-Cevheratü'n-neyyira*. 2 Cilt. Matbaatü'l-Hayriyye, 1322.

Zeylaî, Cemâleddin Ebû Muhammed Abdullâh b. Yûsuf. *Nasbu'r-râye li ehâdîsi'l-Hidâye*. Nşr. Muhammed Avvâme. 5 Cilt. Beyrût: Müessesetü'r-Reyyân, 1418/1997.

Zeylaî, Cemâluddîn Abdullâh b. Yûsuf. *Tahrîcu'l-ehâdis ve'l-âsâri'l-vâkıa fî Tefsîri'l-Keşşâf li'z-Zemahşerî*. 4 Cilt. Riyad: Dâru İbn Huzeyme, 1414.

Zeylaî, Fahrüddîn Ebû Osmân b. Ali. *Tebyînü'l-hakâik şerhu Kenzi'd-dekâik*. 6 Cilt. Kâhire: Dâru'l-Kütübi'l-İslâmî, 1313.



شرح مجمع البحرين وملتقى النيرين

تأليف

عبد اللطيف بن عبد العزيز بن أمين الدين

المشهور بابن ملك

تحقيق

إلياس قبلان

المجلد الأول

فهرس المحتويات

5	[مقدمة الشارح]
6	[مقدمة المتن]
11	(صدر الكتاب)
15	(كتاب الطهارة)
18	[سنن الوضوء]
21	[مستحب الوضوء]
21	(فصل) في نواقض الوضوء
26	(فصل) في الغسل وكيفية وموجباته
29	(فصل) في الماء الذي يجوز به الوضوء وما لا يجوز
34	(فصل) في البئر وأحكامها
35	(فصل) في الأسار
37	(فصل) في التيمم وما ينقضه
44	(فصل) في المسح على الخفين
49	(فصل) في الحيض والاستحاضة والنفاس وأحكامها
56	(فصل) في الأنجاس والطهارة عنها
63	(كتاب الصلاة)
66	(فصل) في الأوقات التي تكره فيها الصلاة
68	(فصل) في الأذان
71	(فصل) في شروط الصلاة التي يتقدمها
76	(فصل) في صفة الصلاة
90	(فصل) في الوتر
92	(فصل) في الإمامة
98	(فصل) في الصلاة في الكعبة
99	(فصل) فيما يفسد الصلاة وما يكره فيها
102	(فصل) في الحدث في الصلاة
104	(فصل) في قضاء الفوائت
107	(فصل) في السنن الرواتب وإدراك الفريضة وفي النوافل وأحكامها والنذر
114	(فصل) في سجود السهو
117	(فصل) في صلاة المريض
118	(فصل) في سجود التلاوة
121	(فصل) في صلاة المسافر
124	(فصل) في صلاة الجمعة
130	(فصل) في صلاة العيدين وتكبيرات التشريق
132	(فصل) في صلاة الكسوف والخسوف

133 (فصل) في الاستسقاء
134 (فصل) في التراويح
134 (فصل) في صلاة الخوف
135 (فصل) في الجنائز
138 (فصل) في التَّكْفِين
138 (فصل) في الصلاة على الميت
141 (فصل) في حمل الجنائز وفي الدَّفْن
143 (فصل) في الشَّهيد
145 (كتاب الزكاة)
155 (فصل) في سائمة الإبل
156 (فصل) في زكاة سائمة البقر
157 (فصل) في زكاة سائمة الغنم
157 (فصل) في زكاة سائمة الخيل
158 (فصل) في زكاة التَّقْدِين
160 (فصل) في زكاة العروض
162 (فصل) في العشر
165 (فصل) فيمن يمرُّ على العاشر
167 (فصل) في المعدن والركاز
168 (فصل) في مصارف الزكاة
173 (فصل) في صدقة الفطر ومقدارها ووقت وجوبها
176 (كتاب الصوم)
181 (فصل) فيما يجب القضاء وما لا يجب، وفيما يكره للصائم فعله
186 (فصل) في الكفارة
189 (فصل) في قضاء رمضان
191 (فصل) في الاعتكاف
195 (كتاب الحج)
197 (فصل) في وقت الحج ومواقيت الإحرام
200 (فصل) في الإحرام
203 (فصل) في صفة أفعال الحجّ
213 (فصل) في الحج عن الغير
216 (فصل) في إحرام الأمة والعبد
217 (فصل) في القران
219 (فصل) في التمتع
222 (فصل) في الجنائيات على الإحرام
228 (فصل) في جزاء الصيد
236 (فصل) في الإحصار
238 (فصل) في العمرة



/[1ظ] بسم الله الرحمن الرحيم

[مقدمة الشارح]

يا مَنْ لا يحوطُ كماله كماله نطاقاً وصف الفصحاء، ولا ينوط بأدراك إدراكه أفكاراً فحول الفضلاء، نحمدك امتثالاً لأمرك بالقصور والحصور والإعياء، ونشكرك على مَبِّكَ الآلاءِ بلا منك الإيلاء، أنت الذي تؤتي من الحكمة مَنْ تشاء ما تشاء، أسألك أن تُعَلِّمَ عيني بعين العطاء، وتُجَلِّبَ عن عيني عَيْنَ العطاء، وتجعلني مُتَفَقِّهاً بآثار العلماء، الذين عُتِبُوا لإجلاء الظلماء، واشتعلوا بأنوار الشريعة الغراء، واشتعلوا في أطوار السَّراءِ والضَّرَّاءِ، وصاروا صدوراً في مناهج الاهتداء، وساروا بدوراً في مدارج الاقتداء، وفُضِّلَ مداهم على دماء الشهداء،¹ ورُجِّحَ منامهم على قيام الجُهْدَاءِ، وجُعِلَ جليستهم بِالْمَيْلِ من السُّعْدَاءِ، ونصلي ونسلم على خاتم الأنبياء، وخاتم الأسخياء، محمدٍ المختصِّ بنبأوة الأنبياء، وعلى آله بَرَّةِ الأولياء، وصحبه خَيْرَةَ الأتقياء.

وبعد، فيقول العبد الضعيف النحيب المديون، عبد اللطيف بن عبد العزيز بن أمين الدين ختم الله بالخير عمله وأولاده، وأعطاه في آخرته أمله وأولاده: إن بعض إخواني، وحلَّصَ حُلَّالني في أثناء الصُّحْبَةِ مِنَ البَيْنِ، قالوا: إن «مجمع البحرين» كتابٌ بديعٌ، له قدرٌ رفيعٌ، لم يُرَ مثله في الفروع تأليفٌ يستريح منه الرُّوعُ، من وجازة لفظه يشابه الألغاز، وفي بادئ لحظه يحاكي الإعجاز، كتابٌ في سرائره سرورٌ، مناجيه من الأحزان ناجي، وليس له شرحٌ يَشْفِي العليلَ من دائه، ويكفي الغليلَ بمائه، نسألك أن تشرحه شرحاً:

[1.] يُحَلِّلُ فَوَائِدَ قِيوده.

[2.] وَيُذَكِّرُ شِوَارِدَ صِيوده.

[3.] وَيُفَرِّزُ مَا كُمُنَتْ فِي حُجَبِ عباراته.

[4.] وَيُفَرِّزُ مَا كُنَتْ فِي أَصْدَافِ إشاراته.

[5.] حَاوِيًا بِالمسائل المضبوطة.

[6.] حَاوِيًا عَنِ الدلائل المبسطة.

[7.] مَتَوَسِّطًا بَيْنَ التفریط والإفراط.

فإنَّ حَبْرَ الأُمُورِ الأَوْسَاطِ، فُتِلْتُ لهم: هذا أمرٌ رفيعٌ السُّدَّةِ، وإنِّي امرؤٌ وضِبُّ العُدَّةِ، ومن كيد الزمان كسيرٌ، وفي قيد الهَوَانِ أسيّرٌ، وعدا إليَّ بُدُوُ فسادٍ، وغلا عَلَيَّ عَدُوُ فسادٍ، مع أن العلم حَالٌ هَشِيمًا تذرره الرياح، والجهل جال جسيمًا يدور به النجاح.

وَأين الصفا هيئات من عيش عاشقي ... وجنة عدنٍ بِالْمَكَارِهِ حُقَّتْ²

فلم يقبلوا مني هذا الاعتذار، وقابلوني بالإلحاح والإصرار، فأفْحَمْتُ نفسي فيه وإن كان عسيراً؛ لأن في إنجاح الرجال خيراً كثيراً، وشرَعْتُ بالناظر الكليل، والخاطر العليل، راجياً من القادر الجليل، أن يُبَيِّرَ لي كل عسير وعويل؛ إذ هو نعم المولى ونعم المنيل.

¹ قال قاسم بن قطلوبغا في حاشية شرح مجمع البحرين 2: «إيماء إلى حديث رواه بن عبد البر من حديث أبي الدرداء: «يوزن يوم القيامة مداد العلماء ودم الشهداء» الحديث، ويسمى هذا الإيماء التمليح.

² لعله إشارة إلى حديث: «حجبت النار بالشهوات وحجبت الجنة بالمكاره» صحيح البخاري، الرقاق 28؛ و«حفت الجنة بالمكاره وحفت النار بالشهوات» صحيح مسلم، الجنة 1.

[مقدمة المتن]

(الْحَمْدُ لِلَّهِ) ابتدأ المصنّف¹ في أوّل تصنيفه بالتحميد؛

[1.] اقتداءً بكتاب الله الحميد.

[2.] وامتثالاً لقوله صلى الله عليه وسلم: «تخلقوا بأخلاق الله تعالى».²

[3.] وشكرًا على صيرورته مصنّفًا بفضل الإله.

أما بحثُ الحمد، فقد تركته بالعمد لاشتهاره تحريرًا في أوائل الشروح، بحيث يُفضي بحثُهُ إلى بلاء البلوح.

(جَاعِلِ الْعُلَمَاءِ) بدلٌ من «الله»، وبيانٌ لاستحقاقه الحمد بهذا الوصف كاستحقاقه بذاته (أَنْجُمًا) أي: كأنجم، وهو جمع

نجم. هذا تشبيهٌ بليغٌ؛³ لأن طرفيه⁴ مذكوران فيه بحذف حرف التشبيه، وجعل المشبه به في حكم الخبر عن المشبه من قبيل قولهم:

«زيدٌ أسدٌ»، وذكر ما يلائم المشبه به معه، وهو قوله: (لِلْأَهْتِدَاءِ زَاهِرَةٌ). وجه الشبه: أن الساترين في الليل المُظلم يهتدون إلى طريقهم

بالأنجم الزاهرة، فكذا السالكون يهتدون إلى طريق الدين بالعلماء الهادين، كما قال صلى الله عليه وسلم: «أَصْحَابِي كَالنُّجُومِ بِأَيِّهِمْ

اِقْتَدَيْتُمْ اهْتَدَيْتُمْ».⁵

جَعَلَ المصنّف⁶ الأنجم استعارةً للعلماء، وقوله: «لِلْأَهْتِدَاءِ زَاهِرَةٌ» ترشيحًا لها. وهذا قولٌ غيرٌ مختارٍ في البيان، كما هو مقرّر

في علم البيان.⁷

فإن قلت: العلماء جمع كثر، والأنجم جمع قلة،⁸ فلا يصح أن يُحمل عليه؟

قلت: ما ذكرت كان على تقدير أن يراد منه الكثرة، وهنا أريد منه القلة، بقرينة حمل جمع القلة عليه، كما أريد من الجمع

التشبيه في قوله تعالى: ﴿فَقَدْ صَعَتَ فُلُوبُكُمْ﴾ [التحریم، 4/66]، بقرينة إضافته إليها.

فإن قلت: أيُّ حاجةٍ إلى هذا التكلف، وقد ثبت أن الجمع المُخَلَّى باللام يراد منه الجنس، فيصح حملُ جمع القلة عليه؟

قلت: نعم، إذا لم يكن اللام للعهد، وهنا أريد علماء الشريعة لا مطلق العلماء.

فإن قلت: لِمَ لم يقل: «نجومًا» كما قال صلى الله عليه وسلم: «أَصْحَابِي كَالنُّجُومِ»؟

قلت: لَعَلَّه أشار بإيراد جمع القلة إلى قلة العلماء الهادين في زمانه، فإذا قُلُوا في ذلك الزمان الغالب فيه الخيار، فكيف

شأنهم في عصرنا المملوء بالشرار، كما قيل:

¹ والمراد بالمصنّف من أوّل الكتاب إلى آخره: ابن الساعاتي صاحب المتن.

² وقال قاسم بن قطلوبغا في حاشية شرح مجمع البحرين² ظ: حديث «تخلقوا بأخلاق الله» ذكره جماعة من الصوفية، ولم أفد له على إسناد.

³ والتشبيه البليغ: هو ما حُدِثَ فيه أداة التشبيه ووجه الشبه. جواهر البلاغة، ص 296.

⁴ طرفي التشبيه: المشبه والمشبه به. والمشبه: هو الأمر الذي يراد إلحاقه بغيره. والمشبه به: هو الأمر الذي يلحق به المشبه. جواهر البلاغة، ص 272.

⁵ قال محمد عبد الحي اللكنوي في تحفة الأختيار ص 168: «طال كلام العلماء على هذا الحديث تضعيفًا وجرحًا حتى ظن بعضهم أنه حديث موضوع، وليس

كذلك. نعم طرق روايته ضعيفة، ولا يلزم منه وضعها، والجزم بكونه موضوعًا مما لا دليل عليه». قال عبد الفتاح أبو غدة في تعليقه بعد ما نقل قوله في تحقيق

فتح باب العناية ص 14: «ثم نقل عن الإمام الصغاني أنه حسنه، وعن غيره قوله: رواه البيهقي بأسانيد متنوعة يرتقي بها إلى درجة الحسن، فالحديث حسن».

ثم أطال محمد عبد الحي اللكنوي عل جميل عاداته في التحقيق وإيراد النقول عن العلماء حوالي عشر صفحات من هذا الكتاب مما يتعين على الباحث الوقوف

عليه. قال أيضًا قاسم بن قطلوبغا في حاشية شرح مجمع البحرين² ظ: حديث «أصحابي كالنجوم» رواه الدارقطني، وله شواهد.

⁶ شرح مجمع البحرين لابن الساعاتي، 1/69-70.

⁷ وعلم البيان: علم يعرف به إيراد المعنى الواحد بطرق مختلفة في وضوح الدلالة عليه. وفائدته: التمكن من مخاطبة أهل اللسان بذلك. خزانة العلوم في تصنيف

الفنون الإسلامية ومصادرها، ص 73.

⁸ جمع التكسير هو: ما دل على أكثر من اثنين، بتغيير ظاهر كـ«رجل ورجال» أو مقدر كـ«فُلُوك» للمفرد والجمع، والضممة التي في المفرد كضممة «فُفُل»

والضممة التي في الجمع كضممة «أُسُد». وهو على قسمين: جمع قلة، وجمع كثرة. فجمع القلة: يدل حقيقة على ثلاثة فما فوقها إلى العشرة. وجمع الكثرة: يدل

على ما فوق العشرة إلى غير نهاية. ويستعمل كل منهما في موضع الآخر مجازًا. وأمثلة جمع القلة: أفعلة كـ«أسليخة»، وأفعل كـ«أفلس»، وفعل كـ«فئبة»، وأفعل كـ«أفراس». وما عدا هذه الأربعة من جموع التكسير فجموع كثر. شرح ابن عقيل، 2/415.

وَقَدْ كَانُوا إِذَا عُدُّوا قَلِيلًا ... فَكُنَّا صَارُوا أَقَلَّ مِنَ الْقَلِيلِ

وفيه رعاية براعة الاستهلال؛¹ لأن كون العلماء كالأنجم إنما هو بعلم الفروع² الذي ينتظم به الأحوال، ويتميز الحرام عن الحلال.

[2و]

(وَأَعْلَامًا) أي: كأعلام، وهو جمع عَلَمٍ، وهو الجبل (لِلْأَفْتِدَاءِ بَاهِرَةً) أي: ظاهرة. وجه الشبه: أن المسلمين يُقْصِدُونَ العلماء؛ ليقْتَبِسُوا من أقوالهم وأفعالهم ويقتدوا بها، كما كانوا يُقْصِدُونَ الْجِبَالَ لأنواع الانتفاع بها.

(وَحُجَّةً) أي: دليلًا واضحًا، يُسْتَدَلُّ بأقوالهم وأفعالهم وقت الاشتباه (عَلَى الْحَقِّ) وإظهاره كما يستدلُّ المستدلُّ بالدليل على مُدْعَاهُ (قَاطِعَةً) لمادة الشبهة جعل أنفسهم حجةً، مع أنها تقوم بهم مبالغةً، كما يقال: «زَيْدٌ عَدْلٌ». وإنما لم يقل: «حججًا»؛ إشارةً إلى أنهم متفقون على دعوى واحدة، وهي الدعوة إلى الله. ولو جمع لَأَوْهَمَ أن لكل واحدٍ منهم دعوى مخالفة لدعوى الآخر.

(وَمَحَجَّةً) أي: طريقًا واضحًا (إِلَى الصِّدْقِ) المرادُ به: الجنة مجازًا لكونه سببًا لها. عَبَّرَ عنها به رعايةً للسجع،³ يعني: أفعال العلماء وأقوالهم طريق إلى الجنة، فمن سلك فيه، ولم يخرج عنه نال مُقْصِدَهُ، أو المرادُ به: المحبة، كما يقال: «فُلَانٌ صَدِيقٌ»، يعني: آتِبَائُهُمْ يؤدي إلى كون المتبع محبوبًا لله ولعباده، جعل أنفسهم طريقًا للمبالغة. والكلام في أفراد المحجة كالكلام في أفراد المحجة.

قال المصنف في «شرحه»: «الصدق كما يقع في الأقوال يقع في الأفعال، فالمرائي بعبادته مثل الكاذب؛ لأنه لم يطابق بما وُضِعَتِ العبادة له من القُرْبَى إلى الله، وخلوص العبودية له».⁵

أقول: إنه إن أراد من الصدق خلاف الكذب لا يستقيم قوله: «يقع في الأفعال»؛ لأنه حقيقة في الخبر، مجاز في الفعل، فيلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز في الإرادة، وهو ممنوع. وإن أراد منه الإخلاص مجازًا؛ ليتناول الأقوال والأفعال، فلفظة «إلى» لا يناسبه على الإطلاق؛ لأنها للانتهاج، والإخلاص لا يكون غاية لمن تبع العلماء بإخلاص، وإنما يكون غايةً للمرائين المتبعين لهم ظاهرًا، كما قيل: «الرِّيَاءُ قَنْطَرَةُ الْإِخْلَاصِ».

(شَارِعَةً) أي: مستوية (وَصُدُورًا) جمعُ صَدْرٍ بمعنى رئيس، يعني: هم جماعة رؤساء (لِلْفَضَائِلِ جَامِعَةً). فعلى هذا لا تشبيه فيه. ويجيء الصدر بمعنى العضو المشتمل على القلب، يعني: هم جامعون للفضائل، بحيث كانت أبدانهم كصدور حاوية لها، كما قال القائل:

إِذَا مَا تَجَلَّى لِي فَكُلِّي نَوَاطِرُ ... وَإِنْ هُوَ نَادَانِي فَكُلِّي سَوَامِعُ

اختار في الأوّل جمع القلة، وهنا جمع الكثرة؛ إشارةً إلى أن العلماء الجامعين لجنس الفضائل كثيرون؛ لكن من يصلح منهم للاقتداء قليلون. تقديم الجار والمجرور لرعاية السجع، أو للتخصيص ادعاءً.

¹ وأحسن الابتداء ما ناسب المقصود بأن يكون فيه إشارة إلى ما سبق الكلام لأجله ليكون المبدأ مشعرًا بالمقصود والانتهاج ناظرًا في الابتداء. ويسمى كون الابتداء مناسبًا للمقصود براعة الاستهلال من «برع الرجل براعة» إذا فاق أصحابه في العلم وغيره... ومنه يشار في افتتاح الكتب إلى الفن المصنف فيه، كقول جار الله في الكشاف: «الحمد لله الذي أنزل القرآن كلامًا مؤلفًا منظمًا»، وفي المفصل: «الله أحمد على أن جعلني من علماء العربية». المطول شرح تلخيص مفتاح العلوم، ص 735-736.

² وهو الفقه. وقال عليُّ القاري في شرح فتح باب العناية 32/1: والحاصل: أن علم الفقه هو الباحث عن الحلال والحرام، والباعث على التمييز بين الجائز والفاقد من وجوه الأحكام، المحتاج إليه الخواص والعوام، في جميع الساعات والأيام.

³ السجع: هو توافق الفاصلتين في الحرف الأخير من النثر. جواهر البلاغة، ص 432.

⁴ هو شرح مجمع البحرين لابن الساعاتي. ويراد بالشرح من أول الكتاب إلى آخره هذا الكتاب.

⁵ شرح مجمع البحرين وملتنقى النيرين، 72/1، ونصه: «الصدق كما يقع في الأقوال يقع في الأفعال، فالمرائي بعبادته مثلًا كاذب؛ لأن فعله لم يطابق ما وضعت العبادة له من القربة إلى الله تعالى وإخلاص العبودية له».

(وَيُدْوَرًا فِي سَمَاءِ الشَّرِيعَةِ طَالِعَةً) شَبَّهَهُمُ بِالْبَدْرِ دُونَ الشَّمْسِ؛ إِشَارَةً إِلَى أَنَّ أَنْوَارَهُمْ مُقْتَبَسَةٌ مِنْ نُورِ صَاحِبِ الشَّرْعِ، كَنُورِ الْقَمَرِ الْمُسْتَفَادِ مِنَ الشَّمْسِ، أَوْ لِأَنَّ حَسْنَ الْبَدْرِ إِنَّمَا يَكُونُ فِي اللَّيْلِ، وَالشَّمْسُ لَا تَجَامِعُهُ، وَالنَّاسُ كُلُّهُمْ فِي ظِلْمَةِ الْجَهْلِ، فَكَانَ تَشْبِيهُهُمْ بِالْبَدْرِ أَلْيَقًا.

اخْتَارَ هُنَا أَيْضًا جَمْعَ الْكُتْرَةِ؛ إِشَارَةً إِلَى أَنَّ الْعُلَمَاءَ النَّافِعِينَ لِلنَّاسِ كَالْبَدْرِ الْمُنِيرِ كَثِيرُونَ وَإِنْ لَمْ يَكُونُوا صَالِحِينَ لِلْإِمَامَةِ وَمُرْتَبَةً الْفُدْوَةَ.

(حَمْدًا) نُصِبَ عَلَى الْمَصْدَرِ؛ لِأَنَّ قَوْلَهُ: «الْحَمْدُ لِلَّهِ» فِي الْأَصْلِ: «نَحْمَدُ اللَّهَ»،¹ فُعْدِلَ إِلَى الْجُمْلَةِ الْاسْمِيَّةِ الْغَيْرِ الْمَقْيَّدَةِ بِزَمَانٍ لِتَكْمِيلِ الْحَمْدِ (يُدْوَمُ دَوَامَ جُودِهِ) أَي: كَدَوَامِ جُودِ اللَّهِ، وَهُوَ صِفَةٌ يَكُونُ مَبْدَأً لِإِفَادَةِ شَيْءٍ لِمَنْ يَلِيْقُ بِهِ لَا لِعَرَضٍ. فَلَوْ وَهَبَ وَاحِدٌ كِتَابَهُ مَثَلًا مِنْ غَيْرِ أَهْلِهِ، أَوْ مِنْ أَهْلِهِ لِعَرَضٍ دُنْيَوِيٍّ أَوْ أُخْرَوِيٍّ لَا يَكُونُ جَوَادًا (الْفَيَاضُ) وَهُوَ مِبَالِغَةُ الْفَائِضِ بِمَعْنَى الشَّائِعِ، أَوْ بِمَعْنَى كَثِيرِ الْإِنْسَابِ. وَفِي هَذَا التَّشْبِيهِ إِشَارَةٌ إِلَى أَنَّ اللَّهَ مُسْتَحَقٌّ لِدَوَامِ الْحَمْدِ؛ لِأَنَّهُ بِالذَّاتِ مَفِيضٌ لِلْخَيْرَاتِ. وَلَمَّا كَانَ الْمَشَبَّهُ بِهِ فِي هَذَا التَّشْبِيهِ مَعْنَوِيًّا، أَرَادَ أَنْ يُشَبِّهَهُ بِالشَّيْءِ الْمَحْسُوسِ الدَّائِمِ، فَقَالَ: (وَيَبْقَى بَقَاءَ الْجَوَاهِرِ لَا الْأَعْرَاضِ) الْجَوْهَرُ: مَا يَقُومُ بِنَفْسِهِ. وَالْعَرَضُ: مَا لَا يَقُومُ. وَالْمَرَادُ مِنَ الْبَقَاءِ هُنَا: طَوْلُ الْإِمْتِدَادِ، وَمِنَ الْأَعْرَاضِ: أَعْرَاضٌ لَا تَتَجَدَّدُ كَتَجَدُّدِ الْحَرَكَةِ. وَلَمَّا كَانَ أَكْثَرَ الْجَوَاهِرِ الْمَحْسُوسَةِ مُمْتَدَّةَ الْوُجُودِ، شَبَّهَ امْتِدَادَ حَمْدِ اللَّهِ بِامْتِدَادِ الْجَوَاهِرِ؛ تَفْهِيمًا وَتَأَكِيدًا بَعْدَ تَأَكِيدِ.

(وَالصَّلَاةُ) وَهِيَ مِنَ اللَّهِ: الرَّحْمَةُ (عَلَى صَاحِبِ الْمِلَّةِ) أَي: الدِّينِ (الطَّاهِرَةِ) وَصَفَهَا بِهَا؛ لِأَنَّ أَهْلَهَا مَطَهَّرُونَ مَرْكُوبُونَ بِتَرْكِيَةِ اللَّهِ، كَمَا قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿كُنْتُمْ خَيْرَ أُمَّةٍ﴾ [آلِ عِمْرَانَ، 110/3]، أَوْ لِأَنَّ طَهَارَةَ الْوُضُوءِ مَخْتَصَّةٌ بِهَذِهِ الْأُمَّةِ، يُؤَيِّدُهُ مَا رَوَى أَنَّهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَعْرِفُ أُمَّتَهُ فِي الْمَخْشِرِ² بِكُونِهِمْ: «غَرًّا مَحْجَلِينَ مِنَ الْوُضُوءِ».³

فِيَانِ قَلْتِ: الْوُضُوءِ كَيْفَ يَخْتَصُّ بِهِمْ، وَقَدْ قَالَ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ حِينَ تَوَضَّأَ: «هَذَا وَضُوءِي وَوُضُوءُ الْأَنْبِيَاءِ مِنْ قَبْلِي»⁴ قَلْتِ: وَجُودُ الْوُضُوءِ فِي الْأَنْبِيَاءِ لَا يَدُلُّ عَلَى وَجُودِهِ فِي أُمَّهَمْ؛ لِاحْتِمَالِ أَنْ يَكُونَ مَخْتَصًّا بِهِمْ. (الْمُؤَيَّدِ) أَي: الْمَقْوَى (مِنْ عِنْدِ اللَّهِ بِالْمُعْجَزَةِ الطَّاهِرَةِ) وَهُوَ الْقُرْآنُ؛ لِأَنَّهُ بَاتِيَ بَعْدَهُ، (مُحَمَّدٍ خَاتِمِ الرُّسُلِ) وَهُوَ بِكَسْرِ التَّاءِ: اسْمُ فَاعِلٍ، وَبِفَتْحِهَا: الطَّابِعُ، (وَنَاسِخِ الْمِلَلِ) أَي: مُبْطِلِ بَعْضِ أَحْكَامِهَا، (وَالرِّضْوَانِ) بِكَسْرِ الرَّاءِ وَضَمِّهَا، وَالضَّمُّ أَفْصَحُ: بِمَعْنَى الرِّضَاءِ، وَهُوَ مَمْدُودًا: اسْمٌ، وَمَقْصُورًا: مَصْدَرٌ (عَلَى آلِهِ).

وَهُمْ مِنْ جِهَةِ النِّسْبِ: أَوْلَادُ عَلِيٍّ، وَعَقِيلٍ، وَجَعْفَرٍ، وَالْعَبَاسِ. وَمِنْ جِهَةِ الدِّينِ: كُلُّ مُؤْمِنٍ تَقِيٍّ، كَذَا أَجَابَ رَسُولُ اللَّهِ حِينَ سُئِلَ عَنِ الْآلِ.⁵ (أَيُّمَةُ الْهُدَى) عَلَى حَذْفِ الْمِضَافِ، أَي: أَيْمَةُ أَصْحَابِ الْهُدَايَةِ، [2ظ] (وَصَحْبِيهِ) جَمْعُ صَاحِبِ كَرْكَبٍ جَمْعُ رَاكِبٍ، وَجَمْعُهُ أَصْحَابٌ.

اخْتَلَفَ فِي تَفْسِيرِ الصَّحَابِيِّ الْمُنْسُوبِ إِلَى صَحَابَةِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وَهُمْ أَصْحَابُهُ. إِنَّمَا جَازَ النِّسْبَةَ إِلَيْهِمْ؛ لِكَوْنِهِمْ طَائِفَةٌ مَعْرُوفَةٌ؛ بِنَاءٍ عَلَى أَنَّ الصَّاحِبَ لَهُ مَعْنِيَانِ:

أَحَدُهُمَا: عُرفِيٌّ: وَهُوَ مَنْ يَكُونُ كَثِيرَ الصَّحْبَةِ، كَمَا يُقَالُ: «فُلَانٌ خَادِمٌ فُلَانٍ» إِذَا كَانَ كَثِيرَ الْخِدْمَةِ لَهُ.

وَالثَّانِي: لُغَوِيٌّ: وَهُوَ مَنْ يَكُونُ مِصَاحِبًا وَلَوْ كَانَ سَاعَةً.

وَسَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ¹ اعْتَبَرَ الْأَوَّلَ، وَلَمْ يَغْدُ مِنَ الصَّحَابَةِ، إِلَّا مِنْ أَقَامَ مَعَ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ سَنَةً أَوْ سَنَتَيْنِ.

¹ د + حمدا لله.

² الْمَخْشِرُ: بِكَسْرِ الشَّيْنِ مِنْ حَشْرٍ يَحْشُرُ بضم عين الفعل في مضارعه لمكان الحشر وزمانه وللمصدر الميمي. المطلوب شرح المقصود في التصريف، ص 25.

³ صحيح البخاري، الوضوء 3؛ صحيح مسلم، الطهارة 39؛ الموطأ، الطهارة 81.

⁴ مسند أحمد بن حنبل، 98/2؛ الموطأ، أبواب الطهارة، 27؛ الطبراني، المعجم الأوسط للطبراني، 78/4.

⁵ كذا أجاب رسول الله صلى الله عليه وسلم، رواه تمام الدارقي في فوائده من حديث أنس بن مالك رضي الله عنه. حاشية قطلوبغا، 3ظ.

والباقون اعتبروا الثاني، حتى قالوا: من رآه من المسلمين، فهو صحابي؛ لكن المراد هنا: ما قاله سعيد بقرينة قوله: (مصاييح)؛ لأنه جمع مصباح، وهو السراج، شبههم بالمصاييح؛ لأن السالكين في الدين، اهدوا بأنوار علومهم المقتبسة من النبي صلى الله عليه وسلم، كاهتداء السالكين بالمصاييح في المسالك (الدحى) جمع: دُجِيَّة، وهي الظلمة، (وَالرَّحْمَةُ) وهي إناعام الله. وقيل: هي إرادة إيصال الخير (عَلَى مَنْ تَبِعَهُمْ) أي: تبع الصحابة في آثارهم (بِإِحْسَانٍ) أي: إخلاص، (وَعَلَى عُلَمَاءِ الْأُمَّةِ فِي كُلِّ زَمَانٍ) وهم الضابطون بتوفيق الله قواعد الشريعة.

(وَيَعُدُّ) أي: بعد حمد الله، والصلاة على رسوله، (فَهَذَا كِتَابٌ يَصَغُرُ لِلْحَافِظِ حَجْمُهُ) أي: جُثَّتُهُ، (وَيَعَزُّزُ) أي: يَكْتُرُّ (لِلضَّابِطِ) وهو: الحافظ بجودة الرأي (عِلْمُهُ). لَمَّا كَانَ صَغْرَ الْحَجْمِ بِإِجَازِ أَلْفَاظِهِ، قَرَنَهُ بِلَفْظِ «الْحَافِظِ»، وَكَانَ كَثْرَةُ مَعَانِيهِ مَحْتَاجَةً إِلَى التَّأَمُّلِ فِيهَا قَرَنَ عِلْمَهُ بِلَفْظِ «الضَّابِطِ».

(وَتَنَكِّشِفُ لَوْقَادٍ) وهو مبالغة الواقد من «وَقَدَّتِ النَّازُ» (الْقَرِيحَةُ) وهو في الأصل: أَوَّلُ مَاءٍ يُسْتَنْبِطُ مِنَ الْبَيْتِ، وَيُرَادُ بِهِ: الْعِلْمُ الْمُسْتَنْبَطُ بِالْفِطْنَةِ. أَرَادَ بِلَوْقَادِ الْقَرِيحَةِ: مَنْ لَهُ ذَهْنٌ يَتَوَقَّدُ ذِكَاةً (رُمُوزُهُ) جمع رمز، وهو الإشارة بالشفهتين والحاجب. أَرَادَ بِهَا هُنَا: الْمَعَانِي الْمَعْلُومَةَ مِنْ أَوْضَاعِهِ بِحَسَبِ اصْطِلَاحِهِ. سَمَّاهَا رَمُوزًا؛ لِعَدَمِ انْفِهَامِهَا مِنْ وَضْعِ اللَّغَةِ.

(وَتَتَضَبَّحُ لِنَقَادٍ) مبالغة من النقد، وهو إخراج الزيف من الجيد (الْبَصِيرَةُ) وهو الاستبصار، ومنه قوله تعالى: ﴿بَلِ الْإِنْسَانُ عَلَى نَفْسِهِ بَصِيرَةٌ﴾ [القيامة، 14/75].

أقول: المفهوم من «شرح المصنف»: أنه مضاف إلى فاعله؛ لكنه مخالف لقول النحاة: إن اسم الفاعل المتعدي لا يُضَافُ إلى فاعله لوقوع الالتباس. والأولى أن يجعل مضافاً إلى مفعوله، يعني: يتضح لمن نقد استبصاره الناقد، وفيه مبالغة ليست في غيره. (كُنُوزُهُ) جمع كنز، وهو المال المدفون. أَرَادَ بِهَا: الْمَعَانِي الْمَدْفُونَةَ فِي صَيِّغِ الْعِبَارَاتِ، (وَيَشُوقُ) من الشوق، وهو نزاع النفس إلى الشيء، يقال: «شاقني الشيء»، فهو شائق (لِرَائِقِ اللَّفْظِ) وهو من «راقني يروقي»، أي: أعجبتني، اللام فيه للتعليل. إضافة الرائق إلى اللفظ من قبيل إضافة الصفة إلى موصوفها (وَجِيْزُهُ) أي: تركيبٌ وجيزٌ لهذا الكتاب. فلما حُدِفَ الْمَوْصُوفُ أُضِيفَ صِفَتُهُ إِلَى الْكِتَابِ.

حاصل مراد المصنف: أن التركيب الموجز لهذا الكتاب يُشِوقُ مُحْصِلَهُ إِلَيْهِ؛ لِأَنَّ لَفْظَهُ رَائِقٌ مَعْجَبٌ غَيْرُهُ لِعَدُوْبَتِهِ لَا مَنْقِرٌ لِبِشَاعَتِهِ. وَإِنَّمَا أُسْنِدَ الشُّوقَ إِلَى الْوَجِيزِ مَجَازًا؛ لِأَنَّهُ سَبَبُهُ.

(وَيُفَوِّقُ) يقال: «فَاقَ الرَّجُلُ أَصْحَابَهُ» إذا علاهم بالشرف. وعدَّاه بـ«على»؛ لتضمنه معنى العلو (عَلَى التَّطَايُرِ) من المختصرات المصنفة في هذا الفن (تَعْجِيزُهُ)؛ لاشتماله على الاصطلاح الغريب الذي تَقَرَّرَ بِهِ. أُسْنِدَ الْفِعْلَ إِلَى التَّعْجِيزِ مَجَازًا؛ لِأَنَّ الْفَائِقَ هُوَ الْكِتَابُ، وَتَعْجِيزُهُ غَيْرُهُ مِنْ إِيْتَابِ مِثْلِهِ سَبَبٌ لَهُ.

أقول: أفرط المصنف في مدح كتابه المؤدِّي إلى مدح نفسه وإعجابه؛ لأنه وَصَفَهُ بِالتَّعْجِيزِ، وَهُوَ نَعْتٌ لِكِتَابِ اللَّهِ الْعَزِيزِ مَعَ أَنَّ مَا وَضَعَهُ مِنْ تَعْيِينِ الصِّيغِ لِلخِلَافِ غَيْرِ مَعْجَزٍ غَيْرُهُ مِنَ الْفُقَهَاءِ الْأَسْلَافِ، وَبِمَجْرَدِ سَبْقِ الْخَطُورِ بِبَالِهِ، وَجَمْعِ الْمَسَائِلِ بِإِجَازِ قَالِهِ لَمْ يَكُنْ تَمَدُّحٌ خَلِيقًا بِحَالِهِ، مَعَ كِفَايَةِ كِتَابِهِ فِي الشَّهَادَةِ عَلَى كَمَالِهِ.

(يَحْوِي) أي: يجمع، وهو حالٌ من فاعل «يصغر»، أو استئناف جواب عن قال: ما شأنه وَيَعَزُّزُ للضابط علمه:

[1] [مُخْتَصَرُ الشَّيْخِ أَبِي الْحُسَيْنِ الْقُدُورِيِّ] صَاحِبِ «شَرْحِ مُخْتَصَرِ الْكَرْخِيِّ».

[2] [وَمَنْظُومَةُ الشَّيْخِ أَبِي حَفْصِ النَّسْفِيِّ رَحْمَهُمَا اللَّهُ]، وَأَفَاضَ عَلَيْهِمَا مِنْ فَضْلِهِ الْوَفِيِّ، (فَإِنَّهُمَا بَحْرَانِ زَاخِرَانِ) أَي:

ممتلئان.

¹ تنبيه: ينبغي قراءة المسيب بكسر الباء، اتقاء دعائه؛ إذ قال لما فتحها أهل العراق: سبوني سيهم الله. التقريرات السننية، ص 60.

وقد قيل: «القدوري» مشتمل على اثني عشر ألف مسألة، و«المنظومة» مع قيوده، واحترازاته مشتملة على ثمانية عشر ألف مسألة.

(وَهَذَا مَجْمَعُ الْبَحْرَيْنِ، وَهُمَا) أي: «مختصرُ القدوري» و«المنظومة» (التَّيْرَانِ الْمُشْرِقَانِ) أي: المضيئان، يقال: «أشرق وجهه»، أي: حَسُنُ وَأَضَاءَ، يعني: هما كالنيرين المشرقين، وهما الشمس والقمر في الحُسْنِ، وَعُمُومِ النَّفْعِ. وفي «الصحاح»: «النَّيْرُ بالتشديد: علم الثوب». لعل إطلاقه على الشمس والقمر باعتبار أن كلاً منهما كالعالم للفلك. (وَهَذَا مُلْتَقَى التَّيْرَيْنِ). وفي «شرح المصنف»: «إنما نُكِّرَ بحران؛ إذ لم يكن في البحر بحران معروفان، وعُرِفَ النيران؛ لأنهما ظاهران بين النجوم، فكأنهما معهودان عند السامع. قال علماء البديع: ¹ الخبر المعرّف باللام يفيد التخصيص والمبالغة، كقولك: «زيد الفاضل»، ولذلك أَعَدْتُ الضمير. / [3و] وقلت: «وهما النيران» إلى هنا كلامه.² أقول: ما قالوا: فيما أريد من الخبر المعرّف باللام الجنس؛ لأن الحصر والمبالغة إنما يستفاد من حمل الجنس على الواحد، وهنا أريد من النيران: الشمس والقمر، فكيف يفيد التخصيص؛ فلا يصح تعليقه؛ بل المبالغة حصلت من حمل المشبّه به على المشبّه بلا حرف تشبيه.

(أَخَذَهُمَا) وهو «مختصر القدوري»: (يَهْدِي إِلَى فَهْمِ الْمَذْهَبِ)³ أي: يَدُلُّ وَيَسُوِّقُ إِلَى فَهْمِهِ، يقال: «فَقِيَ الرَّجُلُ» بالكسر، أي: فَهَمَ، و«فَقِيَ» بالضم، أي: صار فقيهاً، والمراد هنا: المعنى الأول، (الَّذِي هُوَ مِنْ أَشْرَفِ الْمَطَالِبِ) وهو مذهب أبي حنيفة. (وَالْأَخْرُ) أي: «المنظومة»: (يُعْرِفُ الْخِلَافَ بَيْنَ الْمَذَاهِبِ). وفي اختياره هنا لفظ «يُعْرِفُ»، وفيما سبق لفظ «يهدي» لطيفة يُعْرِفُهَا الْقَطْنُ.

(فَجَمَعْتُ بَيْنَهُمَا جَمْعًا لَمْ أُسَبِّقْ إِلَيْهِ) على بناء المجهول، أي: لم يسبق أحدٌ إليه مني، (وَلَا عَثَرَ) أي: اطلع (أَخَذَ غَيْرِي عَلَيَّ: مَع)

- [1] [زيادات شريفة] موصوفها محذوف، أي: مع مسائل زائدة شريفة يحتاج إليها المفتي.
- [2] [وقبود] عطف على الموصوف المحذوف، أكثرها مأخوذٌ من «ملتقى البحار شرح المنظومة».⁴
- [3] [ومسائل] أي: مع مسائل (منظمة كالعقود) جمع عقيد بكسر العين، وهي: القلادة.
- [4] [وإشارة إلى الأصح] أي: بين الروايتين (والأقوى) بين القولين.
- [5] [وتنبيه] أي: مع تنبيهه (على المختار للفتوى)⁵ مأخوذٌ من الفتى، وهو الشاب القوي. سمي الحكم فتوى؛ لتقوي السائل به في جواب الحادثة.

(وهذا) حرف تنبيه (أنا قد صدقته) أي: الكتاب (بتمهيد قاعدة) أي: بسطها، وهي: قضية كلية منطبقة على جميع جزئياته، كقوله: «ذللتنا على غير الخلافة بالجملة الشرطية» (اخترعتها) أي: أنشأتها، (وأوضح) أي: هيئات، وهي معطوفة على «تمهيد»

¹ وعلم البديع: علم يعرف به وجوه تحسين الكلام بعد رعاية المطابقة ووضوح الدلالة. وفائدته: تعرف أحوال الشعر وما يدخل فيه من المحسنات وغيرها. خزنة العلوم، ص 75.

² كلام ابن الساعاتي في شرح مجمع البحرين، 84/1.

³ قال أبو العباس رحمه الله المذهب الذي تقلده خمسة أشياء لا سادس لها: الأحكام الشرعية الاجتهادية، وأسبابها، وشروطها، وموانعها، والحجاج المسببة عن الأسباب والشروط الموانع. حاشية قطلوبغا، 3و.

⁴ قال قطلوبغا 3و: قلت: إنما رأيتُه ينقل عما في الاختيار بحروفه وبعض ما في المختلف، والله أعلم.

⁵ قال قطلوبغا 3ط: ثم جملة ما وقع للمصنف رحمه الله في ذلك اثنان وستون موضعاً، فأزيد عليه ما تيسر غير أن التصحيح تارة يقع بالتصريح به في ترجيح الدليل وبالالتزام، كما قال المحبوبي: إنه يذكر في كتابه ما هو أصح الأقاويل والاختيارات، وكما قال النسفي واضع في هذا الكتاب ما هو المعول عليه في الباب، وأتت على ما وقفت عليه في ذلك لتمام المقصود الذي لم يُوفِّ به المصنف. وقال قاضيخان: رسم المفتي إذا كان مع أبي حنيفة رضي الله عنه أحد صاحبيه يؤخذ بقولهما، وإن خالف أبا حنيفة صاحبه. قال عبد الله بن المبارك: نؤخذ بقول أبي حنيفة ما لم تكن فتوى عصر وزمان.

(شَرِيْفَةً) يعني: ملائمة للطباع، مفيدة للخلاف كتعيين مفرد الماضي المستكن فاعله لقول محمد إذا خالفه صاحبه، (ابْتَدَعْتُهَا) الابتداء: الإنشاء لا على مثال، يقال: «الله بديع السماوات» أي: مبدعها.

قالوا في الفرق بينهما: الاختراع هو الإنشاء على مثال؛ لكن هذا المعنى غير مناسب هنا، فيكون الاختراع مُستعملاً في معنى الابتداء. إنما أوردته تُفَنِّنا وتسجيلاً لكلامه.

(لِتَكُونَ) تلك القواعد والأوضاع (أَقْرَبُ الْوَسَائِلِ) جمع وسيلة، وهي: ما يُتَقَرَّبُ به إلى الغير (إِلَى إِبْصَاحِ هَاتِيكَ الْمَسَائِلِ) الخلفية وغير الخلفية.

(وَاللَّهُ وَلِيٌّ عِزَّتِي) أي: صاحبها (عَلَى هَذَا التَّهْدِيْبِ) أشار به إلى ما وضعه من الاصطلاح، (وَمَا تَوْفِيْقِي إِلَّا بِاللَّهِ). التوفيق: جعل الشيء موافقاً للشيء، يعني: وما كوني موافقاً لإصابة الحق فيما قصدت من تصنيف هذا الكتاب، ووقوعه موافقاً لرضا الله إلا بمعونته وتأييده، (عَلَيْهِ تَوَكَّلْتُ، وَإِلَيْهِ أُنِيبُ) أي: أرجع.

(صدر الكتاب)

يعني: هذا ما يُصَدَّرُ به الكتاب من بيان قاعدة اختراعها.

(وَضَعْتُ هَذَا الْكِتَابَ) أي: في هذا الكتاب (وَضْعًا) أي: هيئة (يَسْتَفِيدُ مِنْهُ قَارِئُ كُلِّ مَسْأَلَةٍ)، وسامعها، جواب (هل هي خِلَافِيَّةٌ أَوْ غَيْرُ خِلَافِيَّةٍ؟) أو يقال: الجملة الاستفهامية بمعنى المصدر، أي: يستفيد كونها خلافيَّةً أو غير خلافيَّة، كما في قوله تعالى: ﴿سَوَاءٌ عَلَيْهِمْ أُنذِرْتَهُمْ أَمْ لَمْ تُنذِرْتَهُمْ﴾ [البقرة، 6/2]، يعني: إنذارك وعدم إنذارك سواء.

أراد بغير الخلافيَّة: ما لا يدل على الخلاف، لا أنها وفائِيَّةٌ، فإن المسائل التي أوردتها المصنِّف عارية عن أوضاع الخلاف يحتل أن يكون فيها خلاف في نفس الأمر؛ لكن لم يعتبره المصنِّف لشذوذ الرواية فيها، أو لكونها قولاً مرجوعاً عنه.

(وَإِذَا كَانَتْ خِلَافِيَّةً) في نفس الأمر (يَعْلَمُ) قارئ تلك المسألة (مَا فِيهَا مِنَ الْمَذَاهِبِ عَلَى التَّفْصِيْلِ بِأَتَمِّ وَجْهِ التَّحْصِيْلِ. وَذَلِكَ) وهو إشارة إلى مصدر «يعلم»، أي: كون القارئ عالماً على التفصيل يحصل له، (بِمُخَرَّدِ قِرَاءَتِهَا مِنْ دُونِ) بيان لما قبله (تَلْوِيْحٍ) أي: إشارة إلى الخلاف (بِرُقْمٍ)، كما فعل بعض الفقهاء بأن وضعوا في المسائل رقوماً؛ ليكون الخلاف فيها معلوماً، (أَوْ تَصْرِيْحٍ بِاسْمٍ) أي: باسم من خالف في تلك المسألة من الأئمة، كما فعل بعضهم هكذا. وإنما صار وجه تحصيل الخلاف على طريقة المصنِّف أتم؛ لأنه مفهوم من نص¹ الكتاب بلا توقُّفٍ إلى أمر آخر وإطناب، وعلى طرائقهم لم يكن كذلك.

(وَإِنْ كُنَّا قَدْ وَضَعْنَا رُقُومًا لِقَوَائِدِ) «إن» فيها للوصل. هذا جواب عن قال في التقدير: إذا كان الخلاف معلوماً من نص الكتاب، فلم وضعت الرقوم على المسائل (نَدَكُرُّهَا) في آخر هذه² الديباجة، (فَإِنَّمَا هِيَ) أي: الرقوم الموضوعه (كَحَاشِيَةِ يَنْفَعُ وَجُودُهَا، وَلَا يَضُرُّ عَدْمُهَا).

فإن قلت: إذا كان وجودها نافعاً، فكيف لا يضر عدمها؟

قلت: أراد من نفع وجودها: أنها تزيد في التوضيح، وعلى تقدير عدمها: ينعدم تلك الزيادة، وذلك لا يضر في نفس معرفة الخلاف؛ لأنها حاصلة من نص الكتاب.

(فَتَقُولُ):

[1]. (قَدْ دَلَّلْنَا) أي: أَشْرَرْنَا (عَلَى قَوْلِ / [3ط] أَبِي حَنِيفَةَ إِذَا خَالَفَهُ صَاحِبَاهُ)، وهما: أبو يوسف ومحمد (بِالْجُمْلَةِ الْاسْمِيَّةِ)، وهو متعلق بقوله: «دللنا». هذا هو الباب الأول من الأبواب العشرة المذكورة في «المنظومة»، (سَوَاءٌ كَانَ الْخَبْرُ مُقَدِّمًا)

¹ وقد يطلق النص على مطلق اللفظ؛ لاشتمال المقال على زيادة إيضاح بالنسبة إلى الحال. ويطلق على لفظ القرآن والحديث؛ لأن أكثرهما نصوص، ويحتل أن يكون من قبيل المطلق في مقابلة الإجماع والقياس، وهذا أقرب. مرآة الأصول، ص 201.

² ح - هذه.

على المبتدأ، كقوله: «وللعجوز خُصُورُ الجَمَاعَةِ»، (أَوْ جُمْلَةً) كقوله: «الجوزُ لَا يُمَسَّحُ عَلَيْهِ إِلَّا مُجَلِّدًا»، (أَوْ مُفْرَدًا) كقوله: «الوئزُ وَاجِبٌ»، (إِلَّا أَنْ تَقَعَ هَذِهِ الْجُمْلَةُ) الاسمية (حَالًا مُعْتَرِضَةً، فَلَا تَدُلُّ عَلَى خِلَافٍ) أصلاً، كقوله: «وَطَهَّرَهَا وَالدَّلُّوُ الْأَخِيرُ تُقَطَّرُ»، (أَوْ تَتَصَمَّنَ نِسْبَةً رَوَايَةً إِلَى أَبِي حَنِيفَةَ، فَلَا تَدُلُّ عَلَى خِلَافٍ صَاحِبِيهِ)، كقوله: «الْفَرَضُ آيَةٌ، وَقَالَ: طَوِيلَةٌ، أَوْ ثَلَاثُ آيَاتٍ، وَهُوَ رَوَايَةٌ»، أي: قولهما رواية عن أبي حنيفة.

أقول: لو طرح لفظ «معترضة» من البين، لكان كلامه أنقى من العين؛ لأن الجملة المعترضة على ما هو مقرَّر في علم المعاني¹ تُؤثِّي في أثناء كلام، أو بين كلامين متصلين معنى عند الأكثرين. وجوَّز فرقة وقوعها في آخر كلام؛ لكن كلهم اتفقوا على اشتراط أن لا يكون لها محل من الإعراب، فكيف تكون الجملة الحالية معترضة؟ نعم، الجملة المعترضة الواقعة في آخر كلام تُشبهُ الحال؛ لكن بينهما فرق، أشار إليه صاحب «الكشاف» في قوله تعالى: ﴿ثُمَّ اتَّخَذْتُمُ الْعِجْلَ مِنْ بَعْدِهِ وَأَنْتُمْ ظَالِمُونَ﴾ [البقرة، 92/2] بقوله إن قوله: ﴿وَأَنْتُمْ ظَالِمُونَ﴾ [البقرة، 92] حال، أي: عبدتم العجل وأنتم واضعون العبادة غير موضعها، أو اعتراض، أي: وأنتم قومٌ عادئكم الظلم.

فإن قيل: أراد بـ«المعترض» معناه اللغوي من قولهم: «اعترض السحاب: إذا ظهر قدامَ القوم؟»

قلنا: لا فائدة في توصيفها إذن.

(فَإِنْ اقْتَسَمَ الْقَوْلَانِ) أي: قول أبي حنيفة وقول صاحبيه (طَرَفِي النَّفْيِ وَالْإِثْبَاتِ). هذا منصوب بتقدير «في»؛ لأن «اقتسم» لازمٌ هنا وإن كان يعي متعدياً، ويقال: «اقتسما المال»، (اقتَصَرْنَا عَلَيْهَا) أي: على الجملة الاسمية، كقوله: «نَجَاسَةُ الْأَرْوَاحِ غَلِيظَةٌ» يُفْهَمُ منه: أنها عندهما غير غليظة، وقوله: «سَخَدَةُ الشُّكْرِ عَيْرٌ مَشْرُوعَةٌ» يُفْهَمُ منه: أنها عندهما مشروعة، (وَالْإِلَّا) أي: إن لم يقتسم القولان، (أَزْدَفْنَاهَا) أي: اتَّبَعْنَا الجملة الاسمية، (بِضْمِيرِ التَّثْنِيَةِ لِإِثْبَاتِ مَذْهَبِهِمَا بِأَيِّ الْجُمْلِ شِئْنَا) من الاسمية، كقوله: «وَنَظَرُ الْوَكِيلِ بِالْبُضِّ مُسْتَقِطٌ، وَقَالَ: هو كالرسول»، أو الفعلية، كقوله: «مدة الخيار ثلاثة، والزباد مفسدة»، وقال: يجوز إذا كانت معلومة؛ (لِأَمْنِ اللَّبْسِ) يعني: المذكور بعد الإرداف معلوم أنه مذهبهما وإن وقع بيانه بصيغة دالة على الخلاف أو الوفاق، ولا يفهم منه معنى آخر حتى يلتبس.

[2.] (وَعَلَى قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ)، أي: ودللتنا عليه (إِذَا خَالَفَهُ صَاحِبَاهُ) وهما: أبو حنيفة ومحمد (بِالْجُمْلَةِ الْفِعْلِيَّةِ الْمُضَارَعَةِ الْمُسْتَتِرِ فَاعِلِهَا). هذا هو الباب الثاني من الأبواب العشرة، كقوله: «وَيُسْقِطُهُ عَمَّا وَرَاءَ الْعِدَارِ».

[3.] (وَعَلَى قَوْلِ مُحَمَّدٍ) أي: ودللتنا عليه (إِذَا خَالَفَهُ صَاحِبَاهُ بِالْجُمْلَةِ الْمَاضِيَةِ الْمُسْتَتِرِ فَاعِلِهَا). هذا هو الباب الثالث من الأبواب العشرة، كقوله: «وَمَنَعَهُ بِحُشِّ الْمُبَاشَرَةِ».

إنما اختار لأبي حنيفة الجملة الاسمية؛ لأنها أشرفُ الجمل؛ لدلالاتها على الثبوت.

واختار لأبي يوسف المضارع؛ لأنه مُعَرَّبٌ مشابه بالاسم.

وبقي الماضي لمحمد.

(وَالْكَلَامُ فِي الْاِقْتِصَارِ عَلَيْهِمَا) أي: على صيغتي الماضي والمضارع، (أَوْ إِزْدَافِهِمَا بِضْمِيرِ التَّثْنِيَةِ مَا سَبَقَ)، أي: كما سبق

في بيان خلاف صاحبيه لأبي حنيفة.

مثالُ الاقتصارِ على المضارعِ قوله: «وَيُسْقِطُهُ عَمَّا وَرَاءَ الْعِدَارِ».

ومثالُ الإردافِ قوله: «وَيُقْتَرَضُ التَّعْدِيلُ فِي الْأَرْكَانِ، وَيُوجِبَانُهُ».

ومثالُ الاقتصارِ على الماضيِ ما سبق من قوله: «وَمَنَعَهُ».

¹ وعلم المعاني: علم يعرف به أحوال اللفظ العربي التي بها يطابق مقتضى الحال. وفائدته: فهم الخطاب وإنشاء الجواب بحسب المقاصد والأغراض جارياً على قوانين اللغة في التركيب. خزائن العلوم، ص 72.

ومثال الإرداف قوله: «وَنَجَسَ عَيْنَ الْفِيلِ، وَأَلْحَقَاهُ بِالسَّبَّاحِ».

[4.] [وَعَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ] أي: ودلنا عليه (إِذَا خَالَفَهُ أَبُو يُوسُفَ، وَلَا قَوْلَ لِمُحَمَّدٍ) بالجملة (الاسميّة، وَإِرْدَافِهَا

بِالْمُضَارَعَةِ). هذا هو الباب الرابع، كقوله: «ولو خافه فأنصرف، فهو واجب، ويخالفه».

[5.] [وَعَلَى قَوْلِهِ] أي: ودلنا على قول أبي حنيفة (إِذَا خَالَفَهُ مُحَمَّدٌ، وَلَا قَوْلَ لِأَبِي يُوسُفَ بِالْاسْمِيَّةِ، وَإِرْدَافِهَا

بِالْمَاصِيَّةِ). هذا هو الباب الخامس، مثاله: «والإلصاق ملغى، وشترطه»، (أَوْ بِنْفِي قَوْلِ مُحَمَّدٍ بِحَرْفِ لَا) كقوله: «والاعتبار بعدم

لزومه بزيادة زمانه على ساعات يوم وليلة، لا على أوقات خمس صلوات».

[6.] [وَعَلَى قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ] أي: ودلنا عليه (إِذَا خَالَفَهُ مُحَمَّدٌ، وَلَا قَوْلَ لِلْإِمَامِ) أي: لأبي حنيفة. هذا هو الباب

السادس (بِالْفِعْلِيَّتَيْنِ) أي: بالجملة الفعلية المضارعة؛ ليدل على قول أبي يوسف، وإردافها بالفعلية الماضية؛ ليدل على قول محمد،

كقوله: «لو نذر ركعتين بغير طهر يلزم بهما بطهر، وأهدره»، (أَوْ نَفِي قَوْلِ مُحَمَّدٍ بَعْدَ الْمُضَارَعَةِ) كقوله: «ويجعل الاستعاذة سنة

للصلاة [و4] لا القراءة».

[7.] [وَعَلَى أَقْوَالِ الثَّلَاثَةِ] أي: ودلنا على أقوال الأئمة الثلاثة. هذا هو سابع الأبواب (بِثَلَاثَةِ أَوْضَاعٍ). يَبَيِّنُ تِلْكَ الْأَوْضَاعَ

بقوله: (إِمَّا بِالْاسْمِيَّةِ، وَإِرْدَافِهَا بِالْفِعْلِيَّتَيْنِ)، كقوله: «وكذا إخراج العقب، ويعتبر خروج الأغلب، وأجازة لبقاء الممكن»، (أَوْ

بِالْجُمْلَتَيْنِ) أي: بالجملة الاسمية والفعلية المضارعة، (وَنَفِي قَوْلِ مُحَمَّدٍ) كقوله: «شرب بول مأكول حرام، ويجيزه للتداوي لا

مطلقاً»، (أَوْ بِأَحْكَامِ ثَلَاثَةِ مُرْتَبَةٍ: أَوَّلُهَا لِلْإِمَامِ، وَثَانِيهَا لِأَبِي يُوسُفَ، وَثَالِثُهَا لِمُحَمَّدٍ)، كقوله: «وأقل نفل يوم، وأكثره، وساعته».

[8.] [وَعَلَى خِلَافِ الشَّافِعِيِّ] أي: ودلنا عليه (بِفِعْلِيَّةٍ مُضَارَعَةٍ مُصَدَّرَةٍ بِنُونِ الْجَمَاعَةِ نَفِيًّا أَوْ إِثْبَاتًا). هذا هو ثامن

الأبواب.

مثال صورة النفي: «لم نوجب البيّة».

ومثال الإثبات: «ونمسح الأذنين بماء الرأس».

قال المصنف: ذكرت في مخالفة الشافعي، وزفر، ومالك لفظة «على خلاف»، وفي مخالفة الأئمة السابقة لفظة «على

أقوال»؛ لأن أحكام هذه الجمل أصداداً لأقوال هذه الأئمة صريحاً، وأحكام الجمل السابقة كانت أصداداً لأقوال تلك الأئمة بحكم

الاصطلاح. هذا حاصل كلامه؛ لكن لا يخفى ما فيه من التكلف والتحكم؛ بل دلالة الكل على الخلاف بحكم الاصطلاح.

[9.] [وَعَلَى خِلَافِ زُفَرٍ] أي: ودلنا عليه (بِمَاصِيَّةٍ) أي: بفعلية وفعلها ماضٍ (أَلْحَقَ بِهَا نُونُ الْجَمَاعَةِ كَذَلِكَ) أي: نفيًا

وإثباتاً. هذا هو الباب التاسع.

مثاله نفيًا: «لا أجزاه مع فساد الشرط المجهول».

ومثاله إثباتاً: «وفرصنا البيّة».

[10.] [وَعَلَى خِلَافِ مَالِكٍ] أي: ودلنا عليه (بِفِعْلِيَّةٍ أَلْحَقَ بِهَا وَأُو الْجَمْعِ). هذا هو الباب العاشر.

اعلم: أن الأوضاع الثلاثة التي أسند الفعل إلى ضمير الجمع ليس يجب أن يكون الحكم المذكور فيها مما اتفق عليه الأئمة

الثلاثة. وقد يجيء الجمع في حكم اتفق عليه الاثنان منهم، فيكون الجمع باعتبار من قلدهما فيه، والغرض ببيان قول المخالف، كقوله:

«وَنُحِيزُ رَفْعَ النِّجَاسَةِ الْحَقِيقِيَّةِ بِالْمَانِعِ، وَمَنْعُهُ».

(وَإِنَّمَا جَعَلْنَاهُ) أي: جعلت كلاً من الأوضاع الدالة على خلاف الشافعي، وزفر، ومالك (مَجْمُوعًا؛ لِيُفْهَمَ أَنَّ الْمَذْكُورَ) في

المتن (هُوَ قَوْلُ أَصْحَابِنَا، وَأَنَّهْمُ) أي: الشافعي، وزفر، ومالكاً (يُخَالَفُونَهُمْ فِيهِ) أي: يخالفون أصحابنا في المذكور، (فَنَقْتَصِرُ عَلَى

هَذِهِ الْجَمَلِ إِنْ فَهِمْتَ أَقْوَالَهُمْ) يعني: إن كان كل من أقوال الشافعي، وزفر، ومالك مفهوماً من المذكور؛ لكونه ضدًا له نقتصر عليه،

مثاله ما سبق من الأمثلة، (وَإِلَّا أَرَدْنَا بِنَفْيِهَا عَلَى مَا سَبَقَ) يعني: إن لم يفهم أردنا الجمل المذكورة في المتن بنفي أقوالهم، كقوله:

«فَنَقَدِرُهُ بِالرُّبْعِ لَا بِأَقْلٍ»، وقوله: «أَسْمَطُنَاهُ بِسِتِّ لَا بِشَهْرٍ»، وقوله: «وَقَدَّرُوها بِالتَّشْهِيدِ لَا بِقَدْرِ إِيقَاعِ السَّلَامِ».

(هذه) إشارة إلى الأوضاع السابقة (أَوْضَاعٌ لِلْمَسَائِلِ الْخِلَافِيَّةِ).

(وَدَلَّلْنَا عَلَى غَيْرِ الْخِلَافِيَّةِ) بأوضاع سِتِّ:

[1.] (بِالْجُمْلَةِ الشَّرْطِيَّةِ) كقوله: «وَلَوْ غَلَبَهُ إِغْمَاءٌ، أَوْ جُنُونٌ، أَوْ زَالَتْ مُسْكِنُهُ بِنَوْمٍ انْتَقَصَ».

[2.] (وَالنَّافِيَّةِ) أي: المنفية، كقوله تعالى: ﴿فِي عَيْشَةٍ رَاضِيَةٍ﴾ [الحاقة، 21/69؛ الفارعة، 7/101] أي: مرضية، أو

المراد منها: ذات النفي وصاحبته، كقوله: «وَلَا يَلْزُمُ الْقِيَامُ لِلْعَجْزِ عَنِ الرُّكُوعِ»، (الْعَارِيَّتَيْنِ عَنِ الْأَوْضَاعِ السَّابِقَةِ).

قِيَدُهُمَا بِ«الْعَارِيَّتَيْنِ»؛ لأنهما إذا كانتا مع الأوضاع السابقة تدلان على الخلاف، كقوله: «وَلَوْ تَحَلَّلَ طَهْرٌ فِي الْأَرْبَعِينَ، فَهُوَ

يُقَاسُ»، وقوله: «وَلَمْ يَشْرُطُوا الدَّلِكَ».

أقول: النافية العارية عن الأوضاع السابقة توجد مع إظهار الفاعل أو إضماره، وكل منهما وُضِعَ للوفاق المذكور في المتن، فلم

يحتج إلى ذكر النافية، نعم، يوجد بدونها في صورة الجملة الاسمية، نحو: «لَا حَدٌّ لِأَقْلِهِ»، فإنه يدل على أن أقلَّ النفاس غير محدود

اتفاقاً؛ لكن في عزائها عن الأوضاع السابقة كلام؛ لأن وضع الجملة الاسمية باقي فيها، وإلا يلزم أن يكون الجمل خماساً.

فإن قلت: أراد من وضع الاسمية الدالة على الخلاف ما هو مثبت، والنافية عارية عنه؟

قلت: فحينئذ كان عليه أن يقيدها ب«المتبنة»، وهي أخصر من قوله: «وَالنَّافِيَّةِ». ولو قِيَدَ الاسمية بها، وقال: «هذه أوضاع

المسائل الخلافية، وما سواها أوضاع غير الخلافية»، لكان أضبط وأغنى عن تعداد الوفاقيَّةِ.

[3.] (وَبِالْفِعْلِ الظَّاهِرِ الْفَاعِلِ) كقوله: «وَتَكْتَفِي الْمَرْأَةُ بِتَحْلِيلِ شَعْرِهَا».

[4.] (وَالْمُسْتَبْرِ) أي: وبالفاعل المستتر فاعله (لِلْعِلْمِ بِهِ) أي: بمرجع الضمير بقرينة سؤوف الكلام، كقوله: «ويضع إصبعيه في

أذنيه» أي: المؤذن.

[5.] (وَالْفِعْلُ الْأَلْزَمُ مُظْهِراً كَانَ فَاعِلُهُ)، كقوله: «وينعقد النفل بالشرع لا بالفرض»، (أَوْ مُضْمَراً)، كقوله: «ويجوز من

طرف غدير» أي: الوضوء.

قال المصنف في «شرحه»: «وخامسها: الفعل اللازم الذي لا يتعدى بنفسه، سواء كان فاعله مظهرًا أو مضمراً».

وأقول: هذا مشعرٌ بأنه أراد بالفعل السابق المتعدي، سواء يتعدى بنفسه أو بحرف الجر. ليت شعري ما الفائدة في هذا

التطويل؟ والفعل فيما سبق كان متناولاً لل لازم أيضاً، ولو طرح قوله: «والفعل اللازم» مع متعلقاته، وجعل «أوضاع الوفاق [4ط]

خماساً»، لكان أوجز.

[6.] (وَالَّذِي لَمْ يُسَمَّ فَاعِلُهُ) أي: ودلنا على غير الخلافية بالفعل المجهول، كقوله: «يُقْتَرَضُ فِي الْوُضُوءِ عَسَلُ الْوَجْهِ».

(وَإِذْ قَدْ وَفَّيْنَا بِالْمَقْصُودِ) أي: وفَّينا بما وَعَدْنَاهُ من بيان الأوضاع الدالة على الخلاف وغيره، (فَقَدْ رَقَمْنَا حَرْفَ الْحَاءِ،

وَالسِّينِ، وَالْمِيمِ عَلَى الْاسْمِيَّةِ، وَالْمُضَارِعَةِ، وَالْمَاضِيَّةِ) يعني: كتبت حرف الحاء على الجملة الاسمية الدالة على قول أبي حنيفة،

والسين على المضارع الدال على قول أبي يوسف، والميم على الفعل الماضي الدال على قول محمد، (وَنَفَّيْ قَوْلَ مُحَمَّدٍ) يعني:

كتبت الميم حين أشرت إلى قول محمد بحرف «لا»، (وَعَلَى الْأَقْوَالِ الثَّلَاثَةِ عَلَى التَّرْتِيبِ) يعني: كتبت الرقوم المذكورة على الأقوال

الثلاثة المذكورة على الترتيب، كقوله: «وأقل نفله يوم، وأكثره، وساعة»، يعني: أقل نفل الاعتكاف يوم عند أبي حنيفة، وأكثر يوم عند

أبي يوسف، وساعة عند محمد؛ (تَنْبِيْهَا عَلَى أَنَّ تِلْكَ الْأَحْكَامَ) المفهومة (أَقْوَالِ أَصْحَابِ الرُّقُومِ) وهو مفعول له لقوله: «رقمنا».

(وَحَرْفِ الْعَيْنِ، وَالزَّاءِ، وَالْكَافِ) يعني: رقت هذه الحروف (على الجمل التي أصحاب هذه الرقوم، وهم: الشافعي،

وزفر، ومالك يخالفون الحكم المذكور فيها) أي: في تلك الجمل. قوله: «أصحاب» مبتدأ، وقوله: «يخالفون» خبره.

(وَحَرْفِ الدَّالِ) يعني: كتبتُه (على المسائل، والقواعد الزائدة على ما في الكتابين)، وهما: «القادوري» و«المنظومة».

(وَقَدْ آتَرْنَا أَنْ لَا يُخْلَجَ الْكَاتِبُ بِهَا) أي: بالرقوم. هذا شروعٌ لبيان فوائد وضع الرقوم، يعني: اخترنا أن يكتب الكاتبُ الرقومَ، ولا يُخْلَجُ لفوائدهِ خمسة:

[1.] [لِفَائِدَةِ سُرْعَةِ الْوُقُوفِ عَلَى الْمَسَائِلِ الْخِلَافِيَّةِ]. هذه هي الفائدة الأولى.

[2.] [وَإِعَانَةً لِلْمُبْتَدِي]. هذه هي الفائدة الثانية، يعني: ربما يُعَسِّرُ على المبتدي الاطلاع على كيفية دلالات هذه الجمل، فيكون الرقوم مُعِينَةً له عليها.

[3.] [وَالْقَاصِرِ فِي عِلْمِ الْعَرَبِيَّةِ] يعني: إِعَانَةً للقاصر في العلوم العربية؛ لأنه لا يُمَيِّزُ بين جملة وجملة. وهذه هي الفائدة الثالثة، كذا في «شرح المصنف».

أقول: الفائدة الأولى: في حق عالم العربية؛ لأن أصل الوقوف كان حاصلًا له من الصيغة، وبالرقوم حصلت سرعته؛ لأن النظر إلى نفس الصيغة لا يخلو من أدنى توقف.

والثانية: في حق المبتدي؛ لكن ينبغي أن يراد منه غيرُ عالم العربية؛ لئلا يتكرر بالثالثة.

والثالثة: في حق من يَعْلَمُ العربية بقصور.

فعلى هذا تكون الرقوم مُعِينَةً للقاصر لا للمبتدي؛ لأن الإِعَانَةَ إنما يكون في حق المقتدر¹. فلو قال: «وإِعَانَةً للقاصر في علم العربية»، لكان أحسن.

ولو أريد من الإِعَانَةِ الإِفَادَةَ مجازًا، لَتَنَاوَلَ بعمومه القاصر أيضًا؛ لأن الرقوم مفيدة للمبتدي نفس الخلاف، وللقاصر يُسْرَهُ، فله وجه؛ لكن قوله في «شرحه»: «ربما يُعَسِّرُ على المبتدي الاطلاع على كيفية دلالات هذه الجمل بآبائه؛ لأنه يدل على أنه قادرٌ مع العُسْرِ، فيكون الرقوم مُعِينَةً له»، والله أعلم.

[4.] [وَلَيْكُونَ فَارِقًا بَيْنَ مَا يَلْتَبِسُ فِي الْخَطِّ مِنَ الْجُمَلِ الْفِعْلِيَّةِ صَوْنًا لِلْكِتَابِ عَنْ غَلَطِ الْكُتَّابِ]، وهو جمع كاتب.

وهذه هي الفائدة الرابعة، وهي أقوى الفوائد؛ إذ قد يقع «التجنيس» في الخط، مثل: يحكم بالياء، ونحكم بالنون، ويُحْكَمُ على بناء المجهول.

[5.] [وَتُسَبِّحُهَا] عطفٌ على «فارقًا» (عَلَى فَوَائِدِ تِلْكَ الرَّوَائِدِ). وهذه هي الفائدة الخامسة، وهي مختصة بحرف الدال

الدالة على المسائل والقيود الزائدة. وإضافة الفوائد إضافةً بيانيةً من قبيل إضافة: «خاتم فضة».

(وَقَدْ تَشَارِكُ الْمَسْأَلَةُ سَابِقَتَهَا) أي: المسألة التي سَبَقَتْهَا (فِي حُكْمِهَا وَخِلَافِهَا لِلْمُشَارَكَةِ فِي الْإِعْرَابِ)، يعني: يكون لفظ

من المسألة الثانية مشارِكًا للفظ من المسألة السابقة في الإعراب بسبب العطف عليه، كقوله: «ولم نوجب النية، والترتيب»، فإن الترتيب معطوفٌ على النية، فيكون المعطوف في التقدير مسألة؛ لأن قوله: «لم نوجب» مقدَّر فيه، فتكون المسألتان مشاركتين في عدم الوجوب، وفي مخالفة الشافعي لنا فيهما.

(وَهَذَا حِينَ نَشْرَعُ) يعني: هذا وقتٌ شروعنا لمسائل الكتاب، (مُعْتَمِدِينَ عَلَى الْعَزِيزِ الْوَهَّابِ)، وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ، وإليه

المرجع والمآب.

(كتاب الطهارة)

اختار لفظ «كتاب» على «باب»؛ لأن فيه معنى الجمع، يقال: «كتبْتُ الخيل»، أي: جمعتُ. والباب بمعنى النوع. وكان

الغرضُ بيانَ أنواع الطهارة لا نوعًا. وإنما لم يجمع «الطهارة»؛ لأنه مُصَدَّرٌ² والأصل فيه: أن لا يُنْتَى ولا يُجْمَع. حُصَّ الطهارة بالبداية من بين شروط الصلاة؛ لكونها أهمًّا؛ لأنها لا تسقط بعذر¹ فسبب وجوبها الصلاة بشرط الحدث.

¹ ح: المبتدي.

² في هامش ح: فالمصدر اسم جنس يتناول جميع أنواع الطهارة.

﴿يُفْتَرَضُ² فِي الْوُضُوءِ: غَسَلُ الْوَجْهِ﴾. إنما قال: «يُفْتَرَضُ»؛ لأنه ثابتٌ بدليلٍ قطعي، وهو قوله تعالى: ﴿فَاغْسِلُوا/ [5و] وَجُوهَكُمْ﴾ [المائدة، 6/5] الآية. العَسَلُ: ³ هو الإسالة مع التقاطر. وما قالوا: الوجه من قُصَاصِ الشَّعْرِ⁴ إلى أسفل الذقن طولاً، ومن شحمة الأذن إلى الأخرى عرضاً، فباعتبار الغالب؛ لأن حدَّ الوجه في الطول: من مبتدأ سطح الجبهة، سواء كان عليه شعْرٌ أو لا. (وَيُسْقَطُهُ عَمَّا وَرَاءَ الْعِدَارِ) يعني: يُسْقَطُ أبو يوسف افتراضَ العَسَلِ عما وراء العدار. وهو البياض الذي بين العدار والأذن؛ لأن البشرة التي تحت الشَّعْرِ في العدار إذا لم يجب عَسَلُهَا، فما هو أبعد أولى. وقالوا: يجب عَسَلُهَا؛ لأن ما تحت الشعر إنما لم يجب عَسَلُهَا لاستناره بالشعر، فكأنه خرج عن كونه وجهًا، ولا استتار فيما وراء العدار، فيُحَسَّبُ من الوجه كما كان وإن كان أَتَطَّ⁵ أو أَفْرَدَ، فَعَسَلُهَا واجبٌ اتفاقاً.⁶

(وَالْيَدَيْنِ وَالرِّجْلَيْنِ) كلاهما معطوفان على الوجه (إلى المِرْفَقَيْنِ وَالْكَعْبَيْنِ). المرفق: مجتمع عظم الساعد والعضد. والكعب: هو العظم الناتئ الذي يَنْتَهِي إلى عظم الساق. «إلى» هنا بمعنى «مع» كما قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَهُمْ إِلَى أَمْوَالِكُمْ﴾ [النساء، 2/4].

(وَأَدْخَلْنَاهُمَا) قال المصنف: أي: المرفق والكعب. وذلك لأن في التثنية مفردًا من قبيل قوله تعالى: ﴿اعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى﴾ [المائدة، 6/5]. ويمكن أن يعودَ إلى كل واحدٍ من المثنيين، أي: أدخلنا المرفقين في عَسَلِ اليدين، والكعبين في عَسَلِ الرجلين، خلافاً لزفر.

له: أن المرفق وَقَعَ غَايَةً للعَسَلِ،⁷ فلا يدخل فيه، كقوله تعالى: ﴿اتَّبِعُوا الصِّيَامَ إِلَى اللَّيْلِ﴾ [البقرة، 187/2]. ولنا: أن الغاية إذا تناولها ما قبلها يكون لإسقاط ما وراءها. وهنا لفظ «اليد» متناول للمرفق إلى المنكب، فيكون للإسقاط، ومعلوم أن الساقط هو البعض الذي يلي الإبط،⁸ فيكون إلى المرفق غايةً لـ«اغسِلُوا» من حيث سقوط ما وراءها عن العَسَلِ،⁹ والصوم¹⁰ لم يكن متناولاً لليل، فجعل الغاية لمد الحكم،¹¹ ولم يدخل فيه،¹² هذا ما قالوا.¹³ واختاره المصنف في «شرحه»؛ لكن تلك القاعدة غيرُ مُطَرِّدَةٍ؛ لأن واحداً لو قال: «قرأت المختارَ إلى باب البيع» لا يدخل الغاية¹⁴ عُزْفًا في القراءة، مع أن المصدرَ كان متناولاً له، والأولى أن يستدل عليه بأن الغاية قد تدخل، وقد لا تدخل في الحكم، وهنا

¹ قال قطلوبغا 4ظ: والنية شرط لا تسقط بعذرٍ، فلم يكن هذا دليلاً على أنها أهم من شروط الصلاة، والله أعلم.

² في هامش ح: على بناء المجهول.

³ في هامش ح: الفرق بين العَسَلِ والعَسَلِ: العَسَلُ يفتح العين: عبارة عن غسل الأعضاء المفروضة، وبالضم: عبارة عن غسل جميع البدن.

⁴ قُصَاصُ الشعر: مقطعه ومنتهى منبته من مقدّم الرأس أو حوالبه. والفتح والكسر لغة في الضم. المغرب في ترتيب المعرب، ص 212.

⁵ رجل أَتَطَّ: كَوَسَّجْ، وعارضُ أَتَطَّ: ساقِطُ الشَّعْرِ. المغرب في ترتيب المعرب، ص 43.

⁶ قال قطلوبغا 5ظ: بل فرض.

⁷ واعلم أن الغايات أربع: غاية مكانٍ، وغاية زمانٍ، وغاية عددٍ، وغاية فعلٍ. فغاية المكان: من هذا الحائط إلى هذا الحائط. وغاية الزمان: ﴿ثُمَّ اتَّبِعُوا الصِّيَامَ إِلَى اللَّيْلِ﴾ [البقرة، 187/2]، وكلاهما لا يدخلان في المُعَيَّا. وغاية العدد: له عليٌّ من درهمٍ إلى عشرة، وأنت طالق من واحدة إلى ثلاث. وهي لا تدخل عند أبي حنيفة وزفر، وعندهما: تدخل. وغاية الفعل: أكلت السمكة حتى رأسها: إن نصبت السين دخلت، وتكون «حتى» بمعنى الواو وعاطفة، وإن خفضتها لم تدخل، وتكون «حتى» بمعنى «إلى». الجوهرية النيرة، 120/1.

⁸ الإبط بسكون الباء معروفة، وهي مؤنثة. وتَأَبَّطُ الشيء: جعله تحت إبطه. ومنه التَّأَبُّطُ في الصلاة أو في الإحرام، وهو أن يُدْخَلَ الثَّوبَ تحت يَدِهِ اليمنى، فيُلْقِيهِ على منكبيه الأيسر. المغرب في ترتيب المعرب، ص 15.

⁹ وفي هامش ح: وهو الحكم.

¹⁰ وفي هامش ح: وهو الحكم.

¹¹ وفي هامش ح: وهو الصوم.

¹² وفي هامش ح: فإن الليل غاية للصوم، فمعلوم أن الليل لا يدخل في الصوم.

¹³ وفي هامش ح: أي: العلماء.

¹⁴ وفي هامش ح: وهو البيع.

أدخلناها احتياطاً¹ في إقامة الفرض، أو يقال: معنى الغاية في الآية كان مجملاً،² فإدارة النبي صلى الله عليه وسلم الغسل على مرفقه في الوضوء³ وقع بيانياً له.

(وَلَمْ يَفْرُضُوا مَسْحَ كُلِّ الرَّأْسِ) يعني: مسح كل الرأس في الوضوء غير مفروض عندنا، خلافاً لمالك.

تحرير المبحث: أن المسح إصابة اليد المبتلة ببللٍ باقي فيها بعد الغسل، أو مأخوذ من الإناء، ولا يكفي البلب الباقي بعد المسح، ولا المأخوذ من بعض الأعضاء.

له: أن الرأس في الآية دُكِرَ مطلقاً، فيقع على كله، والباء زائدة.

ولنا: حديث المغيرة،⁴ وهو أن النبي صلى الله عليه وسلم اكتفى بمسح الناصية في وضوئه،⁵ وإذا يدل على أن الباء للتبويض، فيصير الحديث بيانياً لمقدار المسح؛ لأن الآية كانت مجملة في حقه، ولهذا لا يكفر⁶ مَنْ أَنْكَرَ مقدارَ الربع، وَمَنْ أَنْكَرَ فرضيةَ أصلي المسح: يكفر؛ لأنه قطعي.

(فَتَقَدَّرَهُ بِالرُّبُعِ) يعني: بعض الرأس المفروض مسخه مُقَدَّرٌ عندنا بالربع (لَا بِالْأَقْلِ). يعني: عند الشافعي: مقدَّرٌ بأقل ما

يطلق عليه اسم مسح⁷ الرأس ولو كان على شعرة، كذا في «الخلاصة» في مذهبه؛⁸ لأن الباء في الآية للتبويض، وأقل ما يطلق عليه اسم البعض متيقن، فيُحْمَلُ عليه.

ولنا: ما سبق من حديث المغيرة، والناصية ربع الرأس؛ لكونها إحدى جوانبه الأربع.

(وَمَنْعَنَا فِيهِ مَدَّ الإِصْبَعِ) يعني: لو وضع إصبعه على رأسه، فمَدَّهَا مقدارَ ربع الرأس لم يجز عندنا، خلافاً لزر. قيد الإصبع

اتفاقي؛ إذ الخلاف في الإصبعين إذا مُدَّتَا كذلك.

وفي «الحقائق»: «فإن قلت: لم خص الإصبع، وحكم الإصبعين مثلها؟»

قلت: لأنه لو مسح بالإبهام والسبابة مع ما بينهما من الكف يجوز عندنا، مع أنه يصح أن يقال: مسح بالإصبعين، ولو ذكر

الإصبعين، لتوهم دخوله في الخلاف، فليس كذلك.

قيد بـ«المد»؛ لأنه لو مسح بإصبع واحدة بمياهٍ في مواضع: جاز اتفاقاً. ولو مسح بإصبع واحدة بجوانبها الأربع: لا يجوز

اتفاقاً في الأصح.⁹

¹ لعله يشير إلى القاعدة الجارية في العبادات: الاحتياط في العبادة واجب، كما صرحوا به في كثير من المسائل: منها: ما إذا استوى الدم والبراق ينقض الوضوء احتياطاً انتهى. رد المحتار على الدر المختار، 275/3.

² المجلد: ما ازدحمت فيه المعاني واشتبه المراد به اشتباهاً لا يدرك بنفس العبارة؛ بل بالرجوع إلى الاستفسار من المُجَوِّلِ، ثم الطلب ثم التأمل. وحكمه: اعتقاد الحقيقة فيما هو المراد، والتوقف فيه إلى أن يتبين بيان المجلد كالصلاة والزكاة. متن المنار في أصول الفقه، ص 100-101.

³ صحيح البخاري، الوضوء 23؛ صحيح مسلم، الطهارة 3.

⁴ وهو «أن النبي صلى الله عليه وسلم أتى سباطة قوم، فبال قائماً وتوضأ ومسح على ناصيته وخفيه». وهذا مركب من حديثين: أما حديث السباطة: رواه ابن ماجه، الطهارة 13، بلفظ: «أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أتى سباطة قوم فبال عليها قائماً». وأما حديث المسح على الناصية والخفين: رواه مسلم، الطهارة 83، بلفظ: «أن النبي صلى الله عليه وسلم توضأ، فمسح بناصرته، وعلى العمامة، وعلى الخفين».

قال أبو بكر بن علي الحداد في الجوهرية النيرة 122/1-123: في هذا الحديث ست فوائد: أحدها: جواز دخول ملك الغير الخراب بغير إذنه، لأنه سباطة قوم. والسباطة: قيل: هي الدار الخرية. وقيل: هي الكُنَاسَة بضم الكاف، وهي القمامة، والمراد هنا: موضع إلقائها. وأما الكُنَاسَة بالكسر فهي المَكْنَسَة. والثانية: جواز البول في دار غيره الخراب دون الغائط، لأن البول تُنَشِّئُهُ الأرضُ، فلا يبقى له أثر. والثالثة: أن البول ينقض الوضوء. والرابعة: أن الوضوء بعده مستحب. والخامسة: تقدير مسح الرأس بالناصية. والسادسة: ثبوت مسح الخفين بالسنة.

⁵ صحيح مسلم، الطهارة 81؛ سنن الترمذي، الطهارة 75؛ سنن النسائي، الطهارة 87.

⁶ يقال: أكفره وكفره بالتشديد: إذا نسبه إلى الكفر.

⁷ د - مسح.

⁸ في مذهب الشافعي.

⁹ قال قطلوبغا 6: قلت: قال في البدائع: الأصح أنه يجوز. وقال في البنائع: يجوز هو في الصحيح.

له: أن الماء لا يُعطى له حكم الاستعمال ما دام في محله، وجميع الرأس محل المسح: فيجوز.
ولنا: أن المسح حصل بوضع الإصبع، وبمليها انفصلت البلة عن المحل الممسوح حكماً، فصارت مستعملة، فالمسح بعده
يكون بماءٍ غير طهورٍ.

فإن قلت: هذا يقتضي أن لا يجوز غسلُ العضو للمحدث؛ لأن الماء لاقى أولاً ببعضه، فصار مستعملاً؟
قلت: الغسل إنما يكون بجريان الماء، وذا لا يخلو عن أوّل وصوله، فلم يُعط للماء حكم الاستعمال قبل الانفصال للضرورة،
والمسح ليس كذلك؛ لأنه يحصل بوضع اليد من غير إمرار، ولكن بعد مسح قدر الربع إذا مدّ يده لا يصير مستعملاً في حق إقامة سنة
الاستيعاب. وأما لو وضع ثلاث / [5ظ] أصابع، فيجزئه عن المسح اتفاقاً في بعض الروايات. وفي بعضها: يجزئه عند محمد مدّها أو
لم يمدّها؛ لأنها أكثر أصابع يد، فأقيم مقام الكل.

وعندهما: لا يجزئه؛ لأن المعتبر ربع الرأس، وذا لا يحصل بها.
(وَفَرَضُ اللَّحْيَةِ مَسْحُ رُبْعِهَا) يعني: المفروض في اللحية مسح ربعها عند أبي حنيفة؛ لأن ما تحت اللحية لما سقط غسله
لتعسره، وجب مسحه كالجيرة، والممسوخ لا يجب استيعابه، فيفقد بالربع كمسح الرأس.

(وَالْأَصْحُ مَسْحُ مَا يَلَاقِي الْبَشْرَةَ) يعني: روي عن أبي حنيفة: أن فرض اللحية مسح ما يلاقي الوجه دون ما استرسل من
الذقن. وهذه الرواية أصح؛ لأنه لما سقط فرضية غسل ما تحت اللحية انتقل فرضيته إلى خلفه، وهو المسح.
(وَيُسْقَطُهُ) أي: يُسْقَطُ أبو يوسف وجوب مسح اللحية؛ لأن الغسل لما سقط عما تحت اللحية بنباتها، سقط أصلاً كاليد
المقطوع، **(أَوْ يَسْتَوْعِبُهَا)** يعني: روي عن أبي يوسف: أنه أوجب مسح اللحية كلها؛ لأنها قامت مقام ما تحتها، وكان كله مغسولاً،
فكذا يُمسح كلها.

(وَيَحْكُمُ بِالْأَجْزَاءِ وَالطُّهُورِيَّةِ فِي مُلَاقَاةِ الْمَسْخُوحِ الْإِنَاءِ نَاقِيًا لِلْمَسْحِ) يعني: إذا أدخل المتوضؤ رأسه أو خفه في الإناء
ناوياً للمسح يحكم أبو يوسف بأنه يجزئ عن المسح، ويكون ماء الإناء طهوراً؛ لأن ما يبقى في الإناء من الماء لم يقم به الفرض، فلا
يكون مستعملاً، وإنما أقيم بالبلبة المصابة بالمحل، وهي لم تنفصل عن محلها حقيقة ولا حكماً.
قيد بقوله: «ناوياً للمسح»؛ لأنه لو لم يكن ناوياً يكون الماء طهوراً اتفاقاً؛ لانعدام زوال الحدث عند أبي يوسف، وقصد
القربة¹ عند محمد. وفيه إشارة إلى أن نية التقرب في أوّل الوضوء غير كافٍ لإجزاء هذا المسح؛ بل لا بد فيه من نية مخصوصة؛ لكونه
واردًا على غير صورة المسح.

(لَا يَعْذَمُهُمَا) يعني: قال محمد: لا يجزئه عن المسح؛ لأن الماء صار مستعملاً بنية التقرب عند إصابته، فلا يكون طهوراً،
ولا يجوز المسح ببلته.

قيدها الممسوخ بـ«الرأس والخف»؛ لأن من علّى ذراعيه جبائر لو غمسها في إناء يريد به المسح عليها لم يجز، وأفسد الماء؛
لأن المسح عليها كالغسل لما تحتها من «الحقائق».

[سنن الوضوء]

(وَيُسْنُ لِلْمُسْتَيْقِظِ: غَسْلُ يَدَيْهِ ابْتِدَاءً) إلى رُسْغِيهِ؛ لأنها آلهُ التطهير، فيبدأ بتنظيفهما.

اعلم: أن القيد بـ«المستيقظ»:

¹ وفرّق شيخ الإسلام بين العبادة والطاعة والقربة: فالأولى: ما تتوقف على معرفة المعبود مع النية. والثانية: امتثال الأمر والنهي عرف الأمر والناهي أم لم يعرف.
والثالثة: ما تتوقف على معرفة المتقرب إليه وإن لم تتوقف على نية كالتعق. فأخصها العبادة، وأعمها الطاعة لانفرادها في النظر الموصل إلى معرفة الله تعالى.
حاشية الطحاوي على مراقي الفلاح، ص 5-6.

[1.] يحتمل أن يكون اتفاقاً لما ذكر في «المحيط»: أن غَسَلَهُمَا في ابتداء الوضوء سنة على الإطلاق؛ لكن ذكر في «الكفاية»: هذا الغسلُ المسنونُ ينوب عن الغسلِ المفروض كالفاتحة، فإنها واجبة في الصلاة بحديث يدل على تعيُّبها، ونائبة عن القراءة المفروضة حيث يجوز الصلاة بها وإن لم يقرأ غيرها.

[2.] ويحتمل أن يكون شرطاً؛ لأن احتمال تنجس اليد كان للمستيقظ؛ إذ من عادتهم أنهم كانوا يتأثرون بلا استنجاء، حتى لو نام مستنجياً بالماء لا يُسَنُّ غَسَلَهُمَا.¹

(وَالتَّسْمِيَةُ) أي: يسن عند ابتداء الوضوء ذكر اسم الله. ولو قال فيه: «لا إله إلا الله»، أو «الحمد لله» صار مقيماً لسنة التسمية. قالوا: لو سمي في أثناءه لا يكون مقيماً للسنة.

فإن قلت: لو سَمِيَ الأكل في أثناء أكله لنسيانه في أوله كان كافياً، فلم لم يكن في الوضوء كذلك؟ قلت: الوضوء كله شيء واحد لا يتجزأ، فيشترط التسمية عند ابتداءه وقد فاتت، وكل لقمة من الأكل فعل مبتدأ، فلم يُفْعَلْ وقته.

قبل: يُسَنِّي قبل الاستنجاء؛ لأنه من الوضوء.

وقيل: بعده؛ لأن ذكر الله عند كشف العورة لا يكون تعظيماً.

والصحيح: أنه يسمي فيهما احتياطاً.

قال صاحب «الهداية»: وقع في «مختصر القدوري»: أن التسمية سنة؛ لكن الأصح أنها مستحبة في الوضوء، كما في سائر الأفعال؛ لأن السنة ما واطب عليه الرسول صلى الله عليه وسلم، ولم يشتهر مواظبته صلى الله عليه وسلم على التسمية.

(وَالسَّوَاكُ) أي: استعماله؛ لأن السواك اسم للخشب المُرَّة المتعَبَّية للاستياك. وإنما سُنَّ استعماله؛ لأنه صلى الله عليه وسلم كان يواظب عليه، وعند فقده يعالج بالإصبع.²

وفي «الخلاصة»: يَنَالُ بالإصبع ثواب السواك.

أما وقته: فقيل: قبل الوضوء.

وفي «زاد الفقهاء»: أنه سنة حالة المضمضة؛ تكميلاً للإلقاء.

(وَالتَّخْلِيلُ) أي: يسن تحليل الأصابع، لقوله صلى الله عليه وسلم: «خللوا أصابعكم».³

قيل: هذا إذا وصل الماء إلى أثنائها، وإن لم يصل بأن كانت منضمة، فالتخليل واجب.

(وَوَيْرَاهُ) أي: أبو يوسف التخليل (في اللحية سنة)؛ لأنه صلى الله عليه وسلم: «كان إذا توضأ شبك أصابعه في لحيته».⁴

(وَهُمَا فَضِيلَةٌ)؛ لأن السنة يكون لإكمال الفرض في محله، وداخل اللحية ليس بمحل لإقامة فرض الغسل، فيحتمل ما رواه على الفضيلة.

(وَالتَّثْلِيثُ) أي: يسن تثليث الغسل لمواظبته صلى الله عليه وسلم عليه.⁵

(وَاسْتِيعَابُ الْمَسْحِ) أي: يسن استيعاب مسح الرأس مرة؛ لأنه إكمال الفرض.

¹ د: غسلها.

² سنن البيهقي، 41/1.

³ سنن الدارقطني، 166/1؛ مصنف عبد الرزاق، 22/1؛ مصنف ابن أبي شيبة، 271/1.

⁴ سنن ابن ماجه، الطهارة 50؛ سنن الدارقطني، 189/1، 277، 278.

⁵ صحيح البخاري، الوضوء 23، 27؛ صحيح مسلم، الطهارة 9، 18.

وفي «التبيين»: الأظهر في كفيته: أن يضع كفيه وأصابعه على مقدم رأسه، ويؤدّها إلى قفاه، ثم يمسح أذنيه بإصبعيه، ولا يكون الماء مستعملًا بهذا؛ لأن الأذنين من الرأس بالنص،¹ [6و] أي: حكمهما حكم الرأس. وإنما يكون ذلك إذا مسحهما بماء مسح به الرأس.

(وَلَا نُفْلِئُهُ) أي: لا نجعل تثليث الاستيعاب سنة. وقال الشافعي: هو سنة؛ لأن الرأس ممسوح، فيؤلّف كالْمَغْسُولِ.

ولنا: أنه مَسَّحٌ، فلا يسن تثليثه كَمَسْحِ الخفين، وقياسنا أولى؛ لأنه قياس الممسوح على الممسوح.

(وَالْمُضْمَضَةُ وَالِاسْتِنْشَاقُ). إنما سُنَّتَا؛ لأنه صلى الله عليه وسلم واطب عليهما مع تركه أحيانًا.²

(وَتُؤَقِّبُهُ لِكُلِّ مِنْهُمَا، لَا لِهَاتِمَا) يعني: يأخذ المتوضؤ لكل مرة ماءً جديدًا في المضمضة، وكذا في الاستنشاق عندنا، لما روي

أنه صلى الله عليه وسلم فعل كذا.

وقال الشافعي: يأخذ كفاً من الماء يُمَضَّمُ ببعضها، وَيَسْتَنْشِقُ ببعضها، ثم يفعل ثانياً وثالثاً كذلك، وهو أيضاً يتمسك

بفعله صلى الله عليه وسلم هكذا.

(وَنَفَرِضُهُمَا فِي الْغُسْلِ) يعني: المضمضة والاستنشاق واجبان³ في الغسل عندنا، وسنة عند الشافعي كما في الوضوء.

له: قوله صلى الله عليه وسلم: «عشر⁴ من الفطرة»، أي: السنة، وعدّ عليه صلى الله عليه وسلم منها المضمضة

والاستنشاق.⁵

ولنا: قوله صلى الله عليه وسلم في المضمضة والاستنشاق: «إنهما فرضان في الجنابة، سنتان في الوضوء»،⁶ فيحمل ما رواه

الشافعي على الوضوء.

وفي «المحيط»: يفعل كليهما بيمينه، لقوله صلى الله عليه وسلم: «اليمين للوجه، واليسار للمقعد».⁷

وقيل: يُمَضَّمُ بيمينه، وَيَسْتَنْشِقُ بيساره؛ لأن اليسار للأقدار.

(وَتَمَسَّحُ الْأُذُنَيْنِ بِمَاءِ الرَّأْسِ) يعني: تُمَسَّحُ الأذنان عندنا بماء الرأس، وعند الشافعي: بماء جديد.

له: ما روي: «أنه صلى الله عليه وسلم أخذ للأذنين ماءً جديدًا».⁸

ولنا: ما روي: أنه صلى الله عليه وسلم: «اغترف عَرَفَةً من ماء، فمسح بها رأسه وأذنيه»،⁹ فيحمل ما رواه علي أنه لم يبق في

كفه بَلَّةٌ.

وفي «التحفة»: إدخال إصبع المبلول في صمّاح الأذنين أدب لا سنة.

(وَلَمْ نُوجِبِ النِّيَّةَ) يعني: أن يتوَي المتوضؤ رفع الحدث أو عبادة لا يصح بدون الطهارة ليس بشرط في كون الوضوء مفتاحاً

للصلاة عندنا، وشرط عند الشافعي.

قيّدنا بقولنا: «في كونه مفتاحاً»؛ لأن النية في كون الوضوء قربة شرط اتفاقاً.

¹ وفي هامش ح: وهو قوله صلى الله عليه وسلم: «الأذنان من الرأس»، سنن أبي داود، الطهارة 48؛ سنن الترمذي، الطهارة 29.

² نصب الراية، 10/1.

³ أي: الفرضان؛ لأنه قد يطلق الواجب على ما هو فرض كصلاة الفجر، فيقال: صلاة الفجر واجبة، كما يطلق الفرض على ما هو واجب كصلاة الوتر، فيقال: صلاة الوتر فرض.

⁴ ح: عشرة.

⁵ صحيح مسلم، الطهارة 56؛ سنن أبي دارد، الطهارة 29؛ سنن النسائي، الزينة 1.

⁶ سنن الدارقطني، 208/1؛ وانظر: الزيلعي، نصب الراية، 78/1-79.

⁷ الكاساني، بدائع الصنائع، 21/1. ولم نجده في كتب الحديث.

⁸ لم نجده. انظر أيضاً: شيخ زاده، مجمع الأنهر، 29/1.

⁹ سنن النسائي، الطهارة 84، 85؛ سنن أبي داود، الطهارة 51؛ صحيح ابن حبان، 367/3، بالفاظ متقاربة.

له: أن الوضوء طهارةٌ حكميةٌ، فلا يصح إلا بالنية كالتيميم.

ولنا: أنه صلى الله عليه وسلم علّم الأعرابي الجاهل الوضوء،¹ ولم يعلم النية، ولو كانت فرضاً لعلمه، وقياسه على التيمم غير مستقيم؛ لأن الماء خُلِقَ مطهراً، كما قال الله تعالى: ﴿وَأَنْزَلْنَا مِنَ السَّمَاءِ مَاءً طَهُورًا﴾ [الفرقان، 48/25]، والتراب ليس كذلك.

وفي «الكفاية»: النية شرط في التوضؤ بنبيذ التمر أو بسور الحمار كالتيميم.

(وَالْتَرْتِيبُ) يعني: الترتيب على ما هو مذكور في النص ليس بشرط في الوضوء عندنا، حتى لو بدأ بذراعيه أو برجلَيْه قبل وجهه: جاز. وعنده: شرط، فلم يجوز. وأما لو بدأ بَعَثِلِ يَدِهِ اليسرى قبل يده اليمنى: جاز اتفاقاً. وإن بدأ بَعَثِلِ اليدين من المرفق: جاز إجماعاً؛ لكن خالف السنة. ولو انْعَمَسَ المحدث في الماء مع النية لا يجزئه لعدم الترتيب.

وقيل: يجزئه عنده؛ لأن الجميع صار كعضوٍ واحدٍ، من «الحقائق».

له: قوله تعالى: ﴿فَاعْسِلُْوا وُجُوهَكُمْ﴾ [المائدة، 6/5] ذكره بحرف التعقيب الدالّ على الترتيب، فإذا كان عَسَلُ الوجه مرتباً على القيام، ثبت الترتيب في سائر الأعضاء لعدم القائل بالفصل.

ولنا: ما روي «أنه صلى الله عليه وسلم نَسِيَ مَسْحَ رَأْسِهِ، فَتَذَكَّرَ بَعْدَ فِرَاقِهِ، فَمَسَحَهُ بِلَبِّ كَفِّهِ»².

والجواب عن استدلاله: أن الفاء أفاد ترتيب مجموع الوضوء، وذا لا يدل على ترتيب أجزائه المذكورة بالواو.

(وَأَمَّ يَشْرُطُوا وِلَاءً) الولاء بكسر الواو: أن يَعْبِلَ العَضْوُ الثاني قبل جِغَافِ الأوَّلِ في هواء معتدل، وهو ليس بشرط عندنا، خلافاً لمالك.

له: أن النبي صلى الله عليه وسلم واطب عليه.

ولنا: أن الله تعالى ذكر أعضاء الوضوء في الآية بالواو، وذا لا يدل على الولاء، فَمَنْ شَرَطَهُ زاد على النص بخبر الواحد، والزيادة نسخ: فلا يجوز.

[مستحب الوضوء]

(وَيُسْتَحَبُّ التَّيَامُنُ) لما روي: «أنه صلى الله عليه وسلم كان يُجِبُّ التَّيَامُنَ في شأنه كله حتى في تَنَعُّلِهِ وَطُهُورِهِ»³.

(فصل) في نواقض الوضوء

المراد من نقض الوضوء: إخراجه عما هو المطلوب منه، وهو استباحة الصلاة.

(وَيَنْقُضُهُ: كُلُّ خَارِجٍ مِنْ سَبِيلٍ) أراد به: سبيل الحدث؛ لأن العُزْفَ الشرعي يستعمله فيه. وفيه احتراز عن الخارج لا عن

سبيل كالدمع والعرق،⁴ أو بقرينة قوله: «لحق به الخارج النجس»؛ إذ الإلحاق يقتضي الاشتراك.

(وَأَمَّ يَشْرُطُوا الْأَعْتِيَادَ) يعني: لم يشترط علماؤنا في كون الخارج ناقضاً أن يكون على وجه الاعتیاد. وشَرَطَهُ مالكٌ، فيكون

خروج الحصاة من الذكر، والدود من الدُّبُرِ ناقضاً عندنا، وغير ناقض عنده.

أما الدودة الخارجة من الجرح، فغير ناقضة اتفاقاً؛ لأن النجس الذي عليها من الرطوبة قليل غير سائل، وإذا خرجت من السبيل، فما عليها من النجس وإن كان قليلاً، فحدث بالنصي.

وإنما قال: الاعتیاد، ولم يقل: المعتاد؛ لأن خروج المعتاد إذا كان لا على وجه الاعتیاد لا ينقض عنده كسلس البول.

له: قوله صلى الله عليه وسلم للمستحاضة: «صَلِّيْ / [6ظ] وإن قطر الدم على الحصير»⁵.

¹ سنن النسائي، الطهارة 105؛ سنن ابن ماجه، الطهارة 48.

² مصنف أبي شيبة، 307/1، 308.

³ صحيح البخاري، الوضوء 30، مساجد 15، الأطعمة 4؛ صحيح مسلم، الطهارة 66.

⁴ د - والعرق.

⁵ سنن النسائي، الطهارة 121؛ سنن ابن ماجه، الطهارة 115.

ولنا: ما روي: «أنه صلى الله عليه وسلم سئل عن الحدث؟ فقال: كل ما يخرج من السبيلين».¹

وكلمة «ما» عامة تتناول المعتاد وغيره.

فإن قلت: قوله: «كل خارج» كيف يتناول غير المعتاد، وقد قالوا: الريح الخارجة من فُئيل المرأة، وذكر الرجل غير ناقض؛ لأنها لا تبعث عن محل النجاسة، وإن خرجت ريح من المُفَصَّاة، وهي التي صار سبيلها واحداً، فإن كانت منتنة تنقض وإلا فلا؟
قلت: المراد أن كل خارج من سبيل بعد ما يكون نجسًا يتناول المعتاد وغيره.

اعلم: أن المراد من الخروج: الظهور حتى لا ينتقض بنزول البول إلى قصبه الذكر، فلو نزل إلى القلفة انتقض؛ لأنها في حكم الخارج، ولهذا قال بعض مشايخنا: يجب إيصال الماء إلى داخل الجلدة، وهو الصحيح.

وفي «الخانية»: إذا تَبَيَّنَ الخنثى أنه رجلٌ أو امرأة، فالفرج الآخر بمنزلة الجرح لا ينقض ما ظهر منه حتى يسيل.

(وَنُلْحِقُ بِهِ الْخَارِجَ النَّجَسَ) وهو بفتح الجيم: عين النجاسة، وبكسرهما: ما لا يكون طاهرًا كالثوب النَّجَسِ، هذا في اصطلاح الفقهاء. وأما في اللغة: فيقال: نَجَسَ الشيءَ يَنْجَسُهُ، فهو نَجَسٌ وَنَجَسٌ.

(مِنْ غَيْرِهِ، وَالْقِيَاءُ) يعني: الخارج النجس من غير سبيل كالدَّم وغيره مُلْحَقٌ بالخارج من سبيل في كونه ناقضًا للوضوء، وكذا

القيء عندنا.

وقال الشافعي: لا ينقضان قَلًّا أو كَثُرًا.

وإنما أفرد القيء بالذكر مع دخوله في قوله: «الخارج النجس»؛ لأنه يخالفه في حد الخروج، كما يجيء بيانه.

له: ما روي: «أنه صلى الله عليه وسلم احتجم، ولم يتوضأ»،² وروي: «أنه صلى الله عليه وسلم قاء، ولم يتوضأ».³

ولنا: قوله صلى الله عليه وسلم: «الوضوء من كل دم سائل»، وقوله صلى الله عليه وسلم: «القلس حدث».⁴

وفي «القنية»: إذا قاء الطعام من ساعته، فالصحيح أنه ينقض.

وعن أبي حنيفة: أنه لا ينقض.

قال الإمام الزاهدي: هذا إذا وصل إلى مَعِدَتِهِ، وإن كان بعد في المريء⁵ لا ينقض بالاتفاق.

(وَشَرَطْنَا فِيهِمَا السَّبِيلَانَ وَالْأَمْتِيَاءَ) يعني: قلنا: إنما ينقض الخارج النجس من غيره إذا كان سائلاً، والقيء إذا كان مائلاً الفم،

وهو أن يكون مانعاً من الكلام.

وقال زفر: ينقضان مطلقاً؛ لإطلاق قوله صلى الله عليه وسلم: «القلس حَذَثٌ»⁶ من غير فصل بين القليل والكثير، ولأن

السبيلان ليس بشرط في الخارج من السبيل، فكذا في الخارج من غيره.

ولنا: ما نُقِلَ عن علي رضي الله عنه أنه قال حين عدَّ الأحداث: «أو دسعةً تملأ الفم». الدسعة: القبيحة. وأن الخروج في غير

السبيل إنما يكون بالسبيلان؛ لأن النجس كالدَّم، وغيره حاصل في موضعه، وبالظهور فيه لا يكون خارجاً، وفي السبيل: يحصل الخروج بالظهور؛ لأن النجاسة انتقلت من موضعها إليه.

في «النوادر»: القراء إذا مَصَّ دَمَ إنسانٍ إن كان كبيراً ينتقض وضوؤه؛ لأن الدم فيه يكون سائلاً.

¹ الزيلعي، نصب الراية، 37/1.

² سنن الدارقطني، 276/1؛ الزيلعي، نصب الراية، 43/1.

³ الزيلعي، نصب الراية، 37/1.

⁴ سنن الدارقطني، 284/1؛ معرفة السنن للبيهقي، 422/1؛ الزيلعي، نصب الراية، 37/1.

⁵ المريء لمجرى الطعام والشراب، وهو رأس المعدة والكُرْش اللَّازِقُ بِالْخُلُقُومِ. المغرب في ترتيب المغرب، ص 237.

⁶ سنن الدارقطني، 284/1؛ الزيلعي، نصب الراية، 43/1.

(وَهُوَ مُلَغَى فِي قَيْءِ دَمٍ مَائِعٍ) يعني: إذا قاء دمًا مائعًا ألغى أبو حنيفة فيه شرط الامتلاء، وقال: ينتقض وضوؤه وإن قل؛ لأن المَعْدَةَ ليست موضع الدم، فيكون من قُرْحَةٍ في الجوف، فينتقض ما يخرج منها.
 (وَأَعْتَبَرَهُ) أي: اعتبر محمد شرط الامتلاء فيه؛ اعتبارًا بسائر القياء.
 قِيَدَهُ بـ«المائع»؛ لأنه إن كان عَلَقًا لا ينقض إذا لم يملأ الفم اتفاقًا.
 قيل: الخلاف فيما إذا كان الدم صاعدًا من الجوف، وغالبًا على البراق؟
 وإن غلبه البراق: لا ينقض اتفاقًا.
 وإن استويا: ينقض احتياطًا بالاتفاق.
 وإن نزل من الرأس: ينقض اتفاقًا إن كان سائلًا.
 وإن كان عَلَقًا: لا ينقض، من «الحقائق».

(وَيَحْكُمُ بِنَاقِضِيَّةِ قَيْءِ الْبَلْغَمِ) يعني: إن قاء بلغمًا ملأ الفم: ينتقض وضوؤه عند أبي يوسف؛ لأنه صار نجسًا بمجاورة نجس. وقالوا: لا ينتقض؛ لأنه طاهرٌ في نفسه؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم «كان يأخذ نخامته بطرف رده»¹ وأنه أفلس لا يحتمل النجاسة كالسيف الصقيل.

اعلم: أن الخلاف فيما إذا ارتقى البلغم من الجوف. أما النازل من الرأس، فغير ناقض اتفاقًا. وفيما إذا كان البلغم صرغًا أو غالبًا على الطعام إن كان ممتزجًا به، بحيث لو انفرد البلغم كان ملأ الفم. ولو كان الغالب هو الطعام، بحيث لو انفرد كان ملأ الفم يكون ناقضًا بالاتفاق.

(وَيَجْمَعُ الْمُتَفَرِّقَ لِاتِّحَادِ الْمَجْلِسِ لَا الْبَاعِثِ). هذه المسألة معطوفة على ما قبلها، أي: ويحكم بجمع المتفرق، كذا قاله المصنف. والأقرب أن يُجعل «بجمع» مضارعًا، يعني: إذا قاء متفرقًا بحيث لو جمع لملأ الفم؟
 قال أبو يوسف: إن اتحد المجلس² يجمع³ وإلا فلا؛⁴ لأن اتحاد المجلس⁵ جامع للمتفرقات، كما أن تلاوات آية سجدة يتحد باتحاد المجلس. / [7]

وقال محمد: إن اتحد الباعث⁶ وهو الغثيان يجمع وإلا فلا؛ لأن الأصل أن يضاف الفعل إلى السبب.
 ذكر في «الكافي»: الأصح قول محمد.
 اعلم: أن الخلاف فيما إذا اتحد المجلس دون السبب، أو السبب دون المجلس. أما إذا اتحدا فيجمع اتفاقًا، أو تعددًا فلا يُجْمَعُ اتفاقًا.

(وَتَنْقِضُهُ بِالْقَهْقَهَةِ) وهي: ضحك يكون مسموعًا لصاحبه ولجيرانه (في صلاة كاملة) أي: ذات ركوع وسجود، يعني: إذا قَهَقَهُ مَصَلٍِّ بِالْعِيقِ يَقْطَانُ فِي صَلَاتِهِ عَامِدًا كَانَ أَوْ نَاسِيًا: ينتقض وضوؤه. وكذا تيممه عندنا، خلافًا للشافعي.
 قيد بـ«القَهْقَهَةِ»؛ لأن الضحك كالمسموع لنفسه فقط: تُبْطَلُ الصَّلَاةُ لَا الْوُضُوءَ.
 والتبسم: وهو ما لا صوت له: لا يبطل كليهما اتفاقًا.
 له: أن القَهْقَهَةُ ليس بخارج نجس، فلا يكون حدثًا، كما في خارج الصلاة.

¹ السنن الكبرى للبيهقي، 2/292.

² وفي هامش ح: أي: المكان.

³ وفي هامش ح: فينتقض الوضوء.

⁴ وفي هامش ح: أي: فلا ينقض الوضوء.

⁵ وفي هامش ح: أي: المكان.

⁶ وفي هامش ح: أي: السبب.

ولنا: ما روي: «أنه صلى الله عليه وسلم كان يصلي وأصحابه خلفه، فوقع أعرابي في ركبة لضعف بصره، فضحك بعض أصحابه، فلما فرغ صلى الله عليه وسلم عن الصلاة، قال: ألا من ضحك منكم قهقهة، فليعدّ الوضوء والصلاة».¹ وهذا حديث عميل به الصحابة والتابعون، ويمثله يُتْرَكُ الْقِيَّاسُ، والأثر ورد في صلاةٍ مطلقةٍ، فَيُفْتَضَرُّ عليها، فلا ينقض غير القهقهة، ولا القهقهة في صلاة الجنابة وسجدة التلاوة، ولا قهقهة الصبي، والنائم، والمغتسل.

(وَلَوْ غَلَبَهُ إِغْمَاءٌ) وهو: كون العقل مغلوبًا، فيدخل فيه السكر، (أَوْ جُنُونٌ) وهو: كون العقل مسلوبًا، (أَوْ زَالَتْ مُسْكِنُهُ) أي: قوته الماسكة (بِنَوْمٍ: انْتَقَصَ). وفيه إشارة إلى أن مطلق النوم غير ناقض؛ بل الناقض النوم مضطجعًا، أو متكئًا على أحد وركبته، أو مستقلبًا على قفاه، أو مكبًا على وجهه؛ لأن إمساك الريح يزول في هذه الهيئات، حتى لو نام متربعا مستنيدا إلى شيء لو أزيل عنه لسقط. قيل: ينتقض. وظاهر المذهب: أنه لا ينتقض.

ولو مال النائم جالسًا، فإن اتبته قبل أن يزول مقعده عن الأرض: لا ينتقض. وإن اتبته بعد ما زال: انتقض سقط أو لم يسقط، كذا في «الخانية».

ولو نام على دابةٍ عاريةٍ إن كان في حال الصعود، أو الاستواء: لا يكون حدثًا. وإن كان حال الهبوط: يكون حدثًا؛ لأن مقعده متحافٍ عن ظهر الدابة، كذا في «النوادر».

وفي قوله: «أو زالت» إشارة أيضًا إلى تعليل كون النوم ناقضًا، فينتقض بالإغماء والجنون؛ لأنهما فوق النوم في العفلة. (وَلَمْ يُقْبَدُوهُ فِي الْقَاعِدِ بِالطُّولِ) يعني: نوم القاعد لا ينقض عندنا. وعند مالك: إذا طال ينقض؛ لأن بطوله استرخت مفاصله.

وفي حد الطول: الحاكم هو العرف.

وقال صاحب «الحقائق» في «شرح المنظومة»: رأيت في كتاب في مذهب المالک: أن قدر ما بين العشائين طويل.

ولنا: إطلاق قوله صلى الله عليه وسلم: «ليس الوضوء على من نام قائمًا، أو قاعدًا، أو راکعًا، أو ساجدًا».²

فَيَدَّ «القاعد»؛ لأن نوم القائم وإن طال غير ناقض اتفاقًا. وأما نوم الراكع والساجد إذا طال، فاختلف أصحاب مالك فيه؟

وفي «الخانية»: إن نام جالسًا على رأس التنور قد أدلَّى رِجْلَيْهِ: انتقض وضوؤه؛ لأنه سبب لاسترخاء مفاصله.

(وَلَمْ نَنْقُضْ بِهِ فِي قِيَامٍ، وَرُكُوعٍ، وَسُجُودٍ مُطْلَقًا) يعني: نوم قائم، وراكع، وساجد في الصلاة، أو في خارجها: لا ينقض

الوضوء عندنا. وقال الشافعي: ينقض مطلقًا.

قيد الإطلاق؛ لإخراج قول من قال: عدم النقص مختص بالصلاة.

قيد بقوله: «به» أي: بالنوم؛ لأن الوضوء بالإغماء في هذه الهيئات: ينتقض اتفاقًا.

وقيد بـ«القيام، والركوع، والسجود»؛ لأن نوم القاعد خارج الصلاة ليس بحدث اتفاقًا. وكذا نوم القاعد في الصلاة في أحد

قوليه.

وفي «المحيط»: إنما لا ينقض نوم الساجد إذا كان رافعًا بطنه عن فخذيه، جافيًا عضديه عن جنبه، وإن كان مُلْصِقًا بفخذه

معتمدًا على ذراعيه: فعليه الوضوء.

له: قوله صلى الله عليه وسلم: «من نام، فليتبوضأ».³

ولنا: قوله صلى الله عليه وسلم: «ليس الوضوء على من نام»⁴ الحديث.

¹ مصنف عبد الرزاق، 376/2؛ سنن الدارقطني، 296/1.

² سنن البيهقي، 121/1؛ الزيلعي، نصب الراية، 44-45.

³ سنن أبي داود، الطهارة 79؛ سنن ابن ماجه، الطهارة 62.

⁴ سنن البيهقي، 121/1؛ الزيلعي، نصب الراية، 44-45.

(وَيَحْكُمُ بِهِ لِتَعْمُدِهِ فِي الصَّلَاةِ) يعني: إذا تعمد النوم في الصلاة؟ قال أبو يوسف: انتقض وضوؤه؛ لأن العامد غير مستحق للتخفيف. وقالوا: وضوؤه باقٍ لإطلاق قوله صلى الله عليه وسلم: «ليس الوضوء على من نام» الحديث.

(وَلَمْ نَنْقُضْهُ بِلَمْسِ امْرَأَةٍ) المصدر مضاف إلى فاعله أو إلى مفعوله. يعني: لمس الرجل بشرة المرأة الأجنبية الكبيرة، أو لمس المرأة بشرة الرجل الأجنبي بشهوة أو غيرها: غير ناقض لوضوء الماس عندنا خلافاً للشافعي.

قيد بـ«لمس الرجل المرأة أو بالعكس»؛ لأن لمس الرجل الرجل، أو لمس المرأة المرأة: غير ناقض اتفاقاً.

وقيدنا بـ«البشرة»، وهي ظاهر جلد الإنسان؛ لأن لمس الشعر والظفر والسن: غير ناقض [7ط] اتفاقاً.

وقيدناها بـ«الكبيرة الأجنبية»؛ لأن في لمس ذات رحم محرم والصغيرة للشافعي فيه قولان.

وقيدنا بـ«وضوء الماس»؛ لأن وضوء الممسوس: لا ينتقض اتفاقاً، كذا في «المصنف».

له: قوله تعالى: ﴿أَوْ جَاءَ أَحَدٌ مِنْكُم مِّنَ الْعَائِطِ أَوْ لَامَسْتُمُ النِّسَاءَ فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا﴾ [النساء، 43/4؛ المائدة،

6/5]، فإن قوله: «لامستم» على قراءة معطوفٍ على «جاء» فيكون حدثاً.

ولنا: ما روت عائشة رضي الله عنها: «أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يُقَبِّلُ بعض نساءه، ثم يخرج إلى الصلاة، ولا

يتوضأ»¹.

وأما اللمس في الآية، فكناية عن الجماع، كما قال تعالى حكاية عن مريم: ﴿وَلَمْ يَمَسِّنِي بَشْرًا﴾ [آل عمران، 47/3؛ مريم،

20/19]؛ بل الحمل عليه أولى؛ ليكون بياناً أن التيمم رافع للحدث الأصغر والأكبر مع احتياج الناس إلى بيانها.

(وَلَا فَرْجٍ) هذه مسألة أخرى. يعني: لا ينتقض الوضوء بلمس رجل أو امرأة فرجه قبلاً كان أو دُبُرًا، بينهما حائل أو لا عندنا

(بِبَاطِنِ الْكُفِّ) متعلق بـ«لمس الفرج».

وعند الشافعي: ينقضه المس بلا حائل، كذا في «المصنف».

قيد بـ«الباطن»؛ لأن اللمس بظاهر الكف، أو بالأصابع: لا ينتقض اتفاقاً.

له: ما روي: أنه صلى الله عليه وسلم قال: «من مس فرجه، فليتوضأ»².

ولنا: ما روي: أنه صلى الله عليه وسلم قال لمن سأله: «أبتوضأ من مس الفرج؟» قال: «لا»³، وما رواه محمود على غَسَلِ

اليده؛ لأن عدم الاستنجاء بالماء كان من عاداتهم.

(وَلَمْ يَشْرُطُوا فِي لَمْسِهَا بِشَهْوَةٍ) يعني: لمس المرأة مطلقاً غير ناقض عندنا. وقال مالك: ناقض إن كان بشهوة.

له: أن اللمس بشهوة مَظَنَّةٌ خروج المذي، فيقام مقام الحدث.

ولنا: ما تقدم من الدليل.

(وَمَنْعَهُ) أي: منع محمد انتقاض الوضوء (بِفُحْشِ الْمُبَاشَرَةِ). وهي: مس البشرة البشرية. يعني: إذا باشر امرأته مباشرة فاحشةً

بأن لا يكون عليهما قميصٌ ولا إزارٌ، وانتشرت آلته، وتماس الختانان: لا ينتقض الوضوء عنده، خلافاً لهما.

له: أن الحدث بخروج نجس، وههنا لم يوجد مع إمكان الاطلاع عليه.

ولهما: أن خروجه مخفيٌ، والمباشرة الفاحشة سببُهُ، فأقيم مقامه احتياطاً.

¹ المعجم الأوسط، 66/5؛ سنن الدارقطني، 245/1، 248.

² سنن النسائي، الغسل 30؛ سنن ابن ماجه، الطهارة 63.

³ سنن النسائي، الطهارة 119؛ سنن الترمذي، الطهارة 62؛ سنن أبي داود، الطهارة 70.

(فصل) في الغسل وكيفيته وموجباته

(وَيَجِبُ غَسْلُ الْبَدَنِ) يعني: جميعه، لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ جُنُبًا فَاطَّهَّرُوا﴾ [المائدة، 6/5]، والاطَّهَارُ وهو التطهير بالتكلف والمبالغة، إنما يكون بغسل جميع ظاهر¹ البدن، حتى لو بقي العجين بين أظفاره وبيس: لم يجز غسله؛ لأن الماء لا يصل تحته. ولو بقي الدرن: جاز، إلا أن ما تَعَدَّرَ إِيصَالُ الْمَاءِ إِلَيْهِ كِدَاخِلِ الْعَيْنَيْنِ سَاقِطٌ: (لِإِنزَالِ الْمَنِيِّ) وهو شامل لحالتي النوم واليقظة. (وَلَمْ يَشْرُطُوا) في صحة الغُسلِ (الدَّلْكَ). وقال مالك: وهو شرط فيه؛ لأن الدلك كان شرطاً في تطهير الثوب عن النجاسة الحقيقية، فيكون شرطاً في تطهير البدن عن النجاسة الحكمية.

ولنا: أن الدلك متمم، فيكون مستحباً، وليس البدن كالثوب؛ لأن النجاسة تخللت في الثوب، فلا تزول إلا بالعصر والدلك، كذا في «المبسوط».

وذكر في «الأسرار»: الدلك شرطٌ عنده في الوضوء أيضاً.

(وَنَشْرُطُ الشَّهْوَةَ) يعني: إنما يجب الاغتسال بالمني إذا كان بشهوة عندنا. والمني عند الشافعي كيف ما كان يوجب الاغتسال، حتى لو حمل حملاً ثقيلاً، فخرج منه المنى يجب عنده.

له: إطلاق قوله صلى الله عليه وسلم: «وفي المنى الغُسل»².

ولنا: قوله صلى الله عليه وسلم: «إذا لم يكن تحذف الماء، فلا تغتسل»³، ومعلوم أن الحذف وهو الدفع إنما يكون بشهوة.

وفي «القنية»: لو أنزل الصبي مع الدفع وكان سبب بلوغه، فالظاهر: أنه لا يلزمه الغُسل.

(وَيَعْتَبَرُ وُجُودَهَا فِي الْخُرُوجِ) يعني: قال أبو يوسف: خروج المنى بشهوة شرطٌ في إيجاب الغُسل.

وقال: ليس بشرط.

ثمرة الخلاف: تظهر في موضعين:

[1.] فيمن أمسك ذكره، حتى سَكَتَتْ شهوته، ثم خرج المنى بلا دفعٍ: يجب الغُسلُ عندهما، خلافاً له.

[2.] وفيمن أَمَتَى واغتسل من ساعته قبل أن يبول، أو ينام، أو يمشي، ثم سال منه بقية المنى بلا شهوة: يعيد الغُسلُ عندهما، خلافاً له.

ولو اغتسل بعد ما بال، أو نام، أو مشى، ثم خرج المنى: لا يجب الغسل اتفاقاً، من «المحيط».

فيد بقوله: «في الخروج»؛ لأن الشهوة شرطٌ في مزابلة المنى عن مكانه اتفاقاً.

له: قياس الخروج بالمزابلة.

ولهما: أن انفصال المنى يوجب الاغتسال لكونه بشهوة، وخروجه لا يوجه لكونه بلا شهوة: فيجب احتياطاً.

(وَلَا يُوجِبُهُ عَلَى مُسْتَيْقِظٍ وَجَدَ مَاءً رَقِيقًا وَلَمْ يَتَدَكَّرْ إِحْتِلَامًا) يعني: إذا استيقظ رجل، فوجد على فراشه بللاً، ولم يدر أنه

مني أو لا: لا يجب الغُسلُ عند أبي يوسف؛ لأن ذلك لا يوجب الغُسلُ عند اليقظة، فكذا في النوم، ويجب عندهما؛ لأن الظاهر أنه

كان منياً رَقًّ بإصابة الهواء قبل أن يستيقظ: فيجب الغُسلُ احتياطاً.

فيد بـ«المستيقظ»؛ لأن المغشي عليه لو أفاق، أو السكران لو صحا، ثم وجد بللاً لا غُسلُ عليه اتفاقاً، كذا في «الخلاصة».

فيد بـ«وجدان الماء»؛ لأنه إن لم ير بللاً: فلا غُسلُ عليه اتفاقاً وإن تذكر احتلاماً.

¹ ح - ظاهر.

² سنن ابن ماجه، الطهارة 70؛ مسند أحمد بن حنبل، 109/1، 111، 121.

³ مسند أحمد بن حنبل، 107/1.

وفي قوله: «ماء رقيقاً» إشارة إلى أن البلب مشكوك غير معلوم أنه مني أو مذي، حتى لو تيقن في الصورة المذكورة أنه مني: يجب الغسل اتفاقاً، أو تيقن أنه ودي أو مذي: لا يجب الغسل اتفاقاً. وقيد بقوله: «ولم يتذكر احتمالاً»؛ لأنه إن تذكر احتمالاً، وشك أنه مني أو مذي، أو تيقن بأحدهما: فعليه الغسل اتفاقاً. وإن تيقن أنه ودي: فلا غسل عليه اتفاقاً.

والفرق لأبي يوسف بين تذكر الاحتلام وغيره: أن يتذكر الاحتلام يترجح كونه منياً؛ لكونه سبب خروجه، من «الحقائق». وفي «الخانية»: إنما يجب / [8و] الغسل عندهما في المسألة إذا كان ذكره ساكناً حين نام. وأما إذا كان منتشرًا فما وجد من البلة بعد الانتباه يكون من آثار ذلك الانتشار، فلا يلزمه الغسل، إلا أن يكون أكثر رأيه أنه مني، فيلزمه الغسل. (وَالْتَقَاءُ الْخِتَانَيْنِ) هذا معطوف على قوله: «لإنزال المنى»، أي: ويجب الغسل لالتقاء الختانين على الفاعل والمفعول. الختان: موضع القطع من الذكر والأنثى. ذكر الختانين اعتبارًا بالتغليب كالقمرين، أو جزئياً على عاداتهم؛ لأنهم كانوا يختنون النساء، قال صلى الله عليه وسلم: «ختان الرجل سنة، وختان المرأة مكرمة»¹، أي: في حق الزوج؛ لأن جماعها يكون ألد. أراد من الالتقاء أن يكون بلا إنزال بقرينة عطفه على قوله: «لإنزال».

اعلم: أن الالتقاء غير موجب، وإنما الموجب الإيلاج، والالتقاء لا يدل عليه، ولهذا قال صلى الله عليه وسلم: «إذا التقى الختانان، وتوارت الحشفة يجب الغسل»²، فينبغي أن يجعل الالتقاء مجازاً عن الإيلاج؛ لأنه سببه، والموجب في الحقيقة هو الإنزال؛ لكن الإيلاج أقيم مقامه؛ لكونه سبباً له، وكون المسبب خفياً. وكذا يجب بالإيلاج في الدُّبُر لكمال سببته للإنزال، حتى أن بعض الفسقة يرححون الدُّبُر على الثُّبُل في قضاء الشهوة. وأما الإيلاج في فرج البهيمة أو الميتة، فغير موجب إذا لم ينزل؛ لأنه سبب ناقص. (وَأَنْقِطَاعُ حَيْضٍ وَنَفَاسٍ) أي: ويجب الغسل لانقطاع حيض. قال بعض الفقهاء: في هذه العبارة تجوز؛ لأن الانقطاع طهارة، فلا يوجب الطهارة؛ بل الموجب للغسل الحدث السابق عند الانقطاع.

أقول: لو جعلوا اللام في «لإنزال» للوقت لا للعة، كما في قوله تعالى: ﴿لِلذُّلُوكِ الشَّمْسِ﴾ [الإسراء، 78/17]، لاندفع تكلفهم فيها. أما وجوبه للحيض، فلقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرُبُوهُنَّ حَتَّىٰ يَطْهَرْنَ﴾ [البقرة، 222/2] بتشديد الطاء، أي: يغتسلن، فكون الغسل غاية لمنع الحق الواجب، وهو القربان يدل على وجوبه. وأما وجوبه للنفاس، فلالإجماع.

(لَا مَذْيٌ وَوَدْيٌ) بالجر فيهما معطوفان على المنى. يعني: لا يجب الغسل لإنزال مذي وودي. المذي بالذال المعجمة: هو الماء الرقيق الأبيض الخارج عند ملاعبة الرجل أهله. والودي بالبدال المهملة: ماء غليظ يتبع البول. أما عدم وجوبه للمذي، فلقوله صلى الله عليه وسلم: «كل فحل يمدى، ففيه الوضوء»³. وأما عدم وجوبه للودي، فلالإجماع.

(وَيُسَنُّ لْجُمُعَةِ، وَعِيدٍ، وَإِحْرَامٍ، وَفِي عَرَفَةَ). إنما أقم لفظة «في»؛ لأن الغسل ليس لعرفة، أي: يُسَنُّ الغسل لصلاة الجمعة، وبه قال أبو يوسف. ويجوز أن يقدر فيه ليوم الجمعة، وبه قال الحسن، والأول أصح؛ لأن الصلاة أفضل من الوقت. ذكر في «الكافي»: فائدة الخلاف تظهر: فيمن اغتسل قبل الصبح، وصلى به الجمعة، نال فضل الغسل عند أبي يوسف، وعند الحسن: لا إلى هنا كلامه.

ولكن فيه إشكال؛ لأن معنى الغسل للصلاة أن يكون متطهراً بطهارة الغسل وقت أدائها، فكذا معنى الغسل ليوم الجمعة أن يكون متطهراً بطهارته في ساعة منه، لا أنه ينشئ الغسل فيه، فكيف لا يكون هذا حسناً عند الحسن؛ بل الأولى أن يقال: ثمة الخلاف تظهر فيمن اغتسل يوم الجمعة، ثم أحدث، وتوضأ، وصلى الجمعة لا يُسَنُّ غُسْلُهُ عند أبي يوسف، خلافاً للحسن.

¹ مسند أحمد بن حنبل، 5/75؛ مصنف ابن أبي شيبة، 13/473.

² سنن ابن ماجه، الطهارة 111؛ مصنف ابن أبي شيبة، 1/525.

³ مصنف ابن أبي شيبة، 1/529؛ شرح معاني الآثار، 1/46.

إنما يسئُ الغسلُ في هذه الأوقات؛ لأنه صلى الله عليه وسلم «كان يغتسل فيها».¹ وفي عدِّ هذه الأشياء إشارةً إلى أن الغُسلَ فيما إذا بلغ الصبي بالسن، أو أسلم الكافر: غير مسنون؛ بل مستحب.

(وَأَنْ يَبْتَدِي بِغَسْلِ يَدَيْهِ) أي: يُسَنُّ الابتداء بغسل يديه، حين شرع في الغُسلِ لكونهما آلة التطهير، (وَفَرَجِهِ)؛ لأنها مظنة النجاسة، (وَأِزَالَةِ الْخَبَثِ) أي: وبإزالة النجاسة الحقيقية عن بدنه إن كانت فيه، (ثُمَّ يَتَوَضَّأُ) بالنصب عطفتُ على «يبتدي»، (إِلَّا رِجْلَيْهِ) استثناءً متصل، يعني: يغسل أعضاء الوضوء، ولا يغسل رجليه إن كان في مجمع الغُسلِ؛ لأن غسلهما قبل إفاضة الماء على رأسه غير مفيد؛ لأن المغتسل يحتاج إلى غسلهما ثانيًا، والشرع لم يأمر بما لا يفيد لكونه سَفَهًا، حتى لو كان قائمًا على لوح لا يؤخر غسل قدميه؛ لأن فيه فائدة، كذا قاله الفقهاء؛ لكن كلامهم إنما يستقيم على إحدى الروایتين عن أبي حنيفة من أن الجنابة لا يتجزأ. وأما على الرواية الأخرى من أنها تتجزأ، كما قال في مسألة الجنب المنغمس في البئر للدلو من أن ماءها أزال الجنابة من أول عضوه الملاقي، فصار نجسًا، فغسلهما مفيد؛ لأن الجنابة تزول عن رجليه إذا غسلهما في الوضوء، ويكون طاهرًا في مجتمع الماء بعد غسل سائر جسده.

(وَيُثَلِّثُ الصَّبَّ الْمُسْتَوْعِبَ، ثُمَّ يَغْسِلُهُمَا).

(وَتَكْتَفِي الْمَرْأَةُ بِتَخْلِيلِ شَعْرِهَا) يعني: لا يجب عليها أن تنقض ضفيرتها؛ بل تكفي بإيصال الماء إلى أصول شعرها؛ لقوله صلى الله عليه وسلم لأم سلمة: «يكفيك إذا بلغ الماء أصول شعرك حين قالت: يا رسول الله، إني امرأة أشدَّ صَفْرَ رأسي أفانقضه لغُسل الجنابة».²

قيد بـ«المرأة» احترازًا عن الرجل. وقيل: الحكم في الأتراك والعلويين كذا؛ دفعًا للحرج عنهم؛ لكن الصحيح أنهم ليسوا كالنساء؛ لأن خلق الشعر لهن مثلة،³ وفي نقض الضفيرة حرج، حتى لو كانت منقوضة الضفيرة يجب إيصال الماء إلى جميع شعرها. فلو قال المصنف: «وتكتفي المرأة بتخليل أصول ضفيرتها»، لكان أولى.

فإن قلت: غسل جميع البدن واجب بالآية، والشعر منه، فكيف جاز العمل بالخبر المنافي للنص؟

قلت: النص متناول لما هو من البدن من كل وجه، والشعر من البدن نظرًا إلى أصوله، ومنفصلٌ عنه نظرًا إلى أطرافه، فعَمِلْنَا / [8ظ] بأصله في حق مَنْ لا يلحقه الحرج، وبأطرافه في حق مَنْ يلحقه الحرج عملاً بالشَّبهَيْن.

(وَيَحْرُمُ بِالْأَكْبَرِ) أي: بالحدث الأكبر: (دُخُولُ الْمَسْجِدِ)؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «إني لا أحل المسجد لجنب ولا حائض»،⁴ (وَالتَّلَاوَةُ)؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «لا يقرأ الجنب ولا الحائض شيئًا من القرآن».⁵

قيدها الطحاوي بالآية التامة، وهو رواية عن أبي حنيفة، وعليه الأكثر؛ لأن النظم والمعنى يقصر فيما دونها، ويجري مثله في محاورات الناس، فتمكَّنت فيه شبهة عدم القرآن، ولهذا لم يجز به الصلاة.

ذكر صاحب «الهداية» في «التنجيس»: الآية وما دونها متساوية في الحرمة، وهو الصحيح؛ لأن ما دون الآية شيء من القرآن، وقد دل الحديث على منعه.

ولو تمضمض الجنب، أو غسل يديه؟ فعن أبي حنيفة: أنه لا بأس بمس المصحف وقراءته. هذا إذا قرأ على قصد التلاوة.

ولو قرأ على قصد الثناء أو الدعاء: لا بأس به، كذا في «العيون» للإمام أبي الليث.

¹ سنن أبي داود، الطهارة 127؛ مسند أحمد بن حنبل، 78/4.

² صحيح مسلم، الحيض 58؛ سنن الترمذي، الطهارة 77؛ سنن أبي دard، الطهارة 98.

³ مثلة: وذلك أن يقطع بعض أعضائه أو يسود وجهه. المغرب، ص 235.

⁴ سنن أبي داود، الطهارة 92.

⁵ سنن الترمذي، الطهارة 98.

(وَبِالْأَصْغَرِ) أي: ويحرم بالحدث الأصغر، وهو ما يوجب الوضوء: (مَسُّ الْمُصْحَفِ). وكذا لوخّ فيه آية من القرآن؛ لقوله تعالى: ﴿لَا يَمَسُّهُ إِلَّا الْمُطَهَّرُونَ﴾ [الواقعة، 79/56]. وإنما منع الأصغر عن مس المصحف دون تلاوته؛ لأنه خلّ اليد دون الفم، ولهذا لم يجب غسله، والجنابة كانت حالة كليهما، (إِلَّا بِغَلَاظِهِ) المراد به: جلد المُشْرَزِّ؛¹ لأن مسّه ليس مسّ القرآن حقيقة. وقيل: المراد به: ما يكون متجافياً عنه؛ لأن المتصل به تبع له، وهذا أقرب إلى التعظيم، والأوّل أقرب إلى القياس. وأما مسّه بالكم؛ فقيل: إنه ممنوع؛ لأنه تابع للحامل، فلا يكون حائلاً، ولهذا لو حلف لا يجلس على الأرض فجلس، وذيله بينه وبين الأرض: حنث.

وقيل: لا بأس به؛ لأن المسّ هو المباشرة باليد من غير حائل، ولهذا لا يثبت حرمة المصاهرة بالمس بحائل.

(فصل) في الماء الذي يجوز به الوضوء وما لا يجوز

لما فرغ من الطهارتين ونواقضهما، شرّع في بيان ما يحصلان به، قال: (يُرْفَعُ الْحَدَثُ) وهو النجاسة الحكمة المانعة عن الصلاة (بِالْمَاءِ الْمُطْلَقِ) وهو الماء الذي بقي على أصل خلقته، ولم يخالطه نجاسة، ولم يعلّب عليه شيء طاهر، كماء السماء والعيون؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «الماء طهور».²

(أَلَا بِعَصِيرِ نَبَاتٍ) يعني: لا يرفع الحدث بماء خرج بعصر نبات؛ لأن الخارج بالعلاج يدل على أنه كامل الامتزاج بمحلّه.

قيد به؛ لأنه لو خرج من النبات بغير عصير كالماء من الكرم: يجوز به الوضوء؛ ليشبهه بماء العين.

وفي «الخانية»: لا يجوز التوضؤ بماء الفواكه إذا خرج بالعصر أو الطبخ.

(وَمَغْلُوبٍ بِطَاهِرٍ) يعني: لا يرفع الحدث بماء غلب عليه شيء طاهر.

قيد به؛ لأن المخلوط إذا كان نجساً: لا يجوز وإن كان الماء غالباً.

(وَتُجِزُهُ) أي: يجوز رفع الحدث عندنا (بِغَالِبِ) أي: بماء غالب (عَلَى طَاهِرٍ كَزَعْفَرَانٍ) وأشنان ونحوهما (تَغْيِيرٌ بِهِ بَعْضُ

أَوْصَافِهِ) وهي: الطعم، واللون، والريح.

وقال الشافعي: لا يجوز؛ لأن اسم الماء المطلق يزول عنه، ويضاف إلى المختلط، ويقال: ماء زعفران مثلاً.

ولنا: ما روي: «أنه صلى الله عليه وسلم اغتسل بماء فيه أُنْزُ الْعَجِينِ».³

وفي تمثيله بـ«زعفران» إشارة إلى أن الخلاف فيما إذا كان المختلط من غير أجزاء الأرض، وإن كان منها: فالوضوء جائز

اتفاقاً؛ لأن الماء لا يخلو عن مخالطتها غالباً، ولا يزول بها عنه اسم الماء المطلق.

والمراد بتغيير الماء بطاهر: تغييره بلا طبخ، حتى إن تغير بطبخ: لا يجوز به الوضوء اتفاقاً؛ لأن بالطبخ يحصل كمال الامتزاج،

ويصير الماء به مقبلاً. وهذا إذا لم يقصد به زيادة التطهير. وإن قصد كالسدر والأشنان: يجوز عندنا بعد الطبخ أيضاً، إلا إذا غلب

على الماء، فصار كالسويق المخلوط.

قيد بـ«بعض أوصافه»؛ إشارة إلى أن المتغير لو كان كلها: لا يجوز به اتفاقاً.

وفي «النهاية»: المنقول عن الأساتذة: أنه يجوز، وأنهم كانوا يتوضؤون من مياه حياضٍ تغير لوئها وطعمها وريحها من أوراق

الأشجار وقت الخريف. يوافق ما ذكر في «الينابيع»: لو نُقِعَ الحمص أو الباقلاء، فتغير لونه وطعمه وريحه: يجوز به الوضوء.

أقول: يفهم من عبارة المتن أن المتغير لو كان وصفيين: يجوز به الوضوء، ومن عبارة «القدوري»: وهي تجوز الطهارة بماء

خالطه شيء طاهر، فغير أحد أوصافه: أنه لا يجوز. لا أرى فائدة في تغيير عبارته؛ بل يلوح منه فسادٌ يُعْرِفُ من المسألة الآتية.

¹ ومصحف مشرّز: أجزاءه مشدودٌ بعضها إلى بعض من الشيرازة، وليست بعربية. المغرب، ص 143.

² سنن أبي داود، الطهارة 34؛ سنن الترمذي، الطهارة 49؛ سنن النسائي، المياه 1.

³ سنن النسائي، الطهارة 149؛ سنن ابن ماجه، الطهارة 35.

(وَتُعْتَبَرُ الْغَلْبَةُ بِالْأَجْزَاءِ لَا بِاللُّونِ) يعني: اعتبر أبو يوسف الغلبة بالأجزاء؛ لأنه غلبة حقيقة. ومحمد اعتبر اللون؛ لأنه مشاهد أولاً (في الأصح) يعني: هذا الخلاف أصح مما نُقِلَ في «المحيط» من أن أبا يوسف اعتبر اللون، ومحمد الأجزاء. أقول: المفهوم من «شرح المصنف»: أن «يعتبر» مجهول، واعتبار الغلبة بالأجزاء لا باللون اتفاقي في الأصح؛ لكني لَمَّا وجدتُ في «التبيين» و«الفتاوى الظهيرية» أن محمداً اعتبر باللون، وأبا يوسف بالأجزاء، في «المحيط» عكسه، وصادفتُ في «الحانية».

ثم عند أبي يوسف يعتبر الغلبة بالأجزاء لا باللون، وهو الصحيح، حَمَلْتُ كلام المصنف على الخلاف، وفَسَّرْتُهُ كما سمعتُ، [9و] فاخترتُ أيهما شئت.

ولك أن تَعْرِفَ يا صاحبَ فَحْصِ الكلام أن عبارات الفقهاء مختلفة في هذا المقام، اعتبر بعضهم غلبة الأجزاء، وبعضهم اللون، وكل منهما لا يستقيم كلياً؛ لأننا لو خلطنا أوقية زعفران بأوقيتين ماء: لا يجوز به الوضوء. ولو خلطنا ماء الورد بالماء: لا يفيد اعتبار اللون فيه.

وذكر في «تتمة الفتاوى»: الماء المتغير أحد أوصافه: لا يجوز به الوضوء. وعبارة «القدوري» تدل على أنه يجوز. وفي «الغاية»: عن أبي يوسف أنه اعتبر الثخن والرقعة، فاحتجنا إلى توجيهات تحمل عباراتهم عليها توفيقاً، فنقول والله هو الموفق: إن كان المخالط للماء جامداً يعتبر فيه الثخن والرقعة، فإن كان جارياً على الأعضاء: يجوز به الوضوء وإلا فلا. فُحْمَلُ عليه ما ذكر في «الغاية» يوافقه ما ذكر في «الفتاوى الظهيرية»: من أن الماء إذا اسود بالزجاج: يجوز الوضوء به لحريانه. وإن كان مائعاً: فإن وافق الماء في الأوصاف الثلاثة كالماء المستعمل، وكالماء المأخوذ بالتقطير من لسان الثور يعتبر فيه غلبة الأجزاء فقط. وإن لم يوافقه فيها، فإن غيّر الاثنين أو الثلاث: لا يجوز الوضوء به وإلا¹ جاز². فيحمل عليه عبارة القدوري. وإن خالفه في وصف أو وصفين يعتبر الغلبة من ذلك الوجه كماء البطيخ يخالف الماء في الطعم، وكاللبن يخالف الماء في اللون والطعم، فيعتبر الغلبة بكليهما، فيحمل عليه ما ذكر في «تتمة الفتاوى». لعل الخلاف بين أبي يوسف ومحمد على ما ذكر في المتن يظهر في صورة يكون المخالط مائعاً مخالفاً للماء في اللون فقط.

(وَلَا يُرْفَعُ بِمُسْتَعْمَلٍ أَي: لَا يَرْفَعُ الْحَدِيثُ بِمَاءٍ مُسْتَعْمَلٍ.

(وَيُفَسِّرُهُ) أَي: أَبُو يُوسُفَ الْمَاءِ الْمُسْتَعْمَلِ: (بِمَاءٍ أُزِيلَ بِهِ حَدَثٌ) بَأَن تَوَضَّأَ مُحَدِّثٌ لِلتَّبَرِدِ أَوْ لِلتَّلْعِيمِ؛ لِأَنَّ الْحَدِيثَ نَجَاسَةً حَكْمِيَّةً، فَإِذَا زَالَتْ بِالْمَاءِ تُفْسِدُهُ، (أَوْ تُقَرِّبُ بِهِ) عَلَى صِبْغَةِ الْمَجْهُولِ، أَي: قُصِدَ بِهِ الْقُرْبَةُ بِأَن تَوَضَّأَ لِلصَّلَاةِ، أَوْ مَسَّ الْمَصْحَفِ، أَوْ دَخَلَ الْمَسْجِدَ، أَوْ نَحَوَّهَا، أَوْ تَوَضَّأَ عَلَى وَضوء؛ لِيَكُونَ نُورًا عَلَى نُورٍ. وفي «النوادر»: لو غسل يده للطعام أو منه: صار الماء مستعملاً؛ لأنه أقام به قرينة السنة. ولو غسل يده من الوسخ: لا يصير مستعملاً.

(وَعَيْنِ الثَّانِي) يعني: قال محمد: لا يصير الماء مستعملاً إلا بإقامة القرينة؛ لأن نجاسة الأثام تنتقل حينئذ إليه، (فَهُوَ مُعْلَظٌ النَّجَاسَةِ) يعني: الماء المستعمل نجاسة غليظة عند أبي حنيفة؛ لأن الماء المزيل للنجاسة الحقيقية كان نجاسة غليظة، فكذا المزيل للنجاسة الحكمية، (وَمُخَفَّفُهَا) يعني: نجاسة خفيفة عند أبي يوسف؛ لثبوت الاختلاف في طهارته، (وَطَاهِرٌ غَيْرُ طَهْوَرٍ) عند محمد؛ لأن الماء طاهر لا قى بدنأ طاهرًا. ألا يرى أنه لو حَمَلَ المصلي محدثاً، فصلى: جازت صلاته، فلا يتنجس بدون إقامة القرينة: (هُوَ الصَّحِيحُ). هذا إشارة إلى أن قول محمد مختار للفتوى، ومشهور رواية عن أبي حنيفة، كذا نص عليه القدوري في كتاب «التقريب».

¹ وفي هامش ح: أي: وإن لم يغير الاثنين أو الثلاث جاز به الوضوء.

² أي: وإن لم يغير الاثنين أو الثلاث: جاز به الوضوء.

اعلم: أن الكلام في الماء المستعمل في ثلاث مواضع: في صفته، وسببه، ووقت ثبوته، بيّن المصنف الأولين، ولم يبيّن الثالث، اختلفوا فيه؟

قال بعضهم: لا يكون مستعملاً، حتى يستقرّ في مكان؛ لكن الصحيح: أنه كما زایل العضو يصير مستعملاً؛ لأن سقوط حكم الاستعمال قبل الانفصال كان للضرورة، ولا ضرورة بعده، ولهذا قالوا: لو بقيت لمعة على عضو المتوضؤ قبلها ببلل عضو آخر: لا يجوز؛ لأنه لما زایل ذلك العضو صار مستعملاً. ولو بلّها ببلل ذلك العضو: جاز. وأما بلّ اللعة في الاغتسال، فجائز كيف ما كان؛ لأن الأعضاء كلّها مغسولة في الجنابة كعضو واحد، وفي الوضوء ليس كذلك؛ لأن بعض أعضائه ممسوخ، كذا في «المحيط». (وَأَمَّ يَحْكُمُوا بِطَهْرِيَّتِهِ مُطْلَقًا) يعني: لم يحكم علماؤنا بأن ماء الوضوء طهور، سواء كان مستعملاً محدثاً أو متوضئاً. وقال مالك: إنه طهور مطلقاً؛ لأنه كان طاهرًا لاقى طاهرًا، فكان طهورًا كماءٍ غُسلَ به ثوبٌ طاهرٌ. ولو قال فيما سبق: «لم يرفعوه بمستعمل» لم يحتج إلى قوله: «ولم يحكموا بطهريته مطلقاً».

(وَلَا حَكْمًا بِهَا) أي: بطهريته (إِنْ كَانَ مُسْتَعْمَلًا طَاهِرًا). قال زفر: إن كان المستعمل طاهرًا فهو طهور؛ لأنه لم يزل به النجاسة الحكمية، وإن كان محدثاً فهو طاهر غير طهور.

(وَالْمَاءُ، وَالْجُنُبُ الْمُتَغَمِّسُ لِطَلْبِ السِّقَاءِ) يعني: من اغتمس البئر لطلب الدلو، فماء البئر والمنغمس الجنب كلاهما نجسان عند أبي حنيفة؛ لأن الماء قد تنجس لإسقاط الفرض عن بعض الأعضاء بأول الملاقاة، والرجل جُنُب لبقاء الحدث في بقية الأعضاء.

قيد بقوله: «الطلب السقاء»؛ لأنه لو اغتمس فيه للاغتسال لا يكون الخلاف كما ذكر؛ بل يتنجس الماء عند محمد لوجود نية التقرب فيه،¹ وهو استحابة الصلاة.

(وَالرُّجُلُ طَاهِرٌ فِي الْأَصَحِّ). هذه رواية أخرى عن أبي حنيفة، وهي أصح؛ لأن الماء لا يُعْطَى له حكم الاستعمال قبل الانفصال، فلا يكون الماء بأول الملاقاة نجسًا، فيطهر الرجل عن جنابته، فيحل له القراءة لو تضمض واستنشق قبله، أو دخل الماء على فمه. هذا إذا لم يكن / [9ظ] في² بدنه نجاسة، حتى لو كان مُسْتَنْجِيًا بالحجر يتنجس البئر، ولا يطهر الرجل. (وَعَلَى خَالِهِمَا) يعني: عند أبي يوسف: الرجل جُنُب؛ لأن صب الماء شرطًا لإزالة الحدث عنده، ولم يوجد، فبقي جُنُبًا، والماء طاهر؛ لأنه لم يُزَلْ من البدن حدثًا.

(وَطَاهِرٌ وَطَهْرٌ) يعني: عند محمد: الماء مطهر بنفسه³ فيطهره؛ لأن الصب ليس بشرط عنده، ولا يتنجس الماء؛ لأن نية التقرب شرط لتنجسه عنده، ولم تُوجَدْ.

(وَيَجُوزُ) رفع الحدث (مِنْ طَرَفِ غَدِيرٍ) وهو قطعة من الماء مجتمعة في مكانٍ (لَا يَتَحَرَّكُ بِتَحْرِيكِ) الطرف (الآخر الْمُتَنَجِّسِ). الجملة صفة لطرف المراد بالتحرك المنفي تحركه بالارتفاع والانخفاض ساعة تحرك الطرف الآخر لا التحرك بالتموج؛ لأن ذلك يكون وإن كثر الماء. وفيه إشارة إلى علة عدم تنجسه؛ لأن أثر التحريك باليد مع قوّته إذا لم يصل إلى الطرف الآخر، فسراية النجاسة مع ضعفها كيف تصل إليه. وإشارة أيضًا إلى أنه لا يجوز التوضؤ من الطرف الذي وقع فيه النجاسة مرثية كانت أو غيرها، فإن ما حول المرثية:

قيل: يتنجس مقدار أربع أذرع.

وقيل: مقدار ما غلب على ظن الرائي أنه تنجس، هذا هو الأصح عندهم.

¹ ح - فيه.

² ح: على.

³ د: لنفسه.

وقال بعض: يجوز إذا كانت غير مرئية. فعلى هذا إذا غسل وجهه في حوض كبير، فسقط غَسَالُهُ وجهه في الماء، فرغ الماء من موضع الوقوع قبل التحريك: يجوز.

(وَيُقَدَّرُ) ذلك الغدير (بِعَشْرَةِ أَذْرُعٍ فِي مِثْلِهَا) أي: في عشرة.

اعلم: أن العلماء اتفقوا على أن الماء الكثير لا يتنجس بوقوع النجاسة، إلا إذا غيّرت أحد أوصافه؛ لكن اختلفوا في حده. فمنهم: من اعتبر عدم تحرك طرفه بتحريك الآخر كما تقدم، وهو قول المتقدمين.¹ ومنهم: من اعتبر المساحة، وهو قول المتأخرين، والمصنف أورد كليهما.

وفي «الخانبة»: الصحيح أن يراد بالذراع ذراع الكرباس، وهي أربع وعشرون إصبعا، لا ذراع المساحة، وهي سبع قبضات بإصبع قائمة في كل قبضة؛ لأن الأولى أقصر، وفيه توسعة للناس. وإن كان الحوض مدوّراً يعتبر أن يكون حول الماء ثمانية وأربعين ذراعاً. وإن كان أعلاه عشراً في عشر وأسفله أقل، وهو ممتلئ: يجوز منه التوضؤ. وإن نقص حتى صار تسعاً في تسع: لا يجوز. وإن كان أعلاه أقل، وأسفله عشراً في عشر، ووقع فيه نجاسة، ثم انتقص الماء، فصار عشراً في عشر: لا يطهر كالماء القليل النجس إذا انبسط، وصار عشراً في عشر. وإن كان طويلاً كماء الخندق، وصار بحيث لو بسط يكون عشراً في عشر: يجوز منه التوضؤ. وقال عامة المشايخ: لا يجوز. وإن انشعب من الكبير حوض صغير، فوقع فيه نجاسة: لا يجوز التوضؤ منه وإن اتصل ماؤه بماء الحوض الكبير.

(وَعَدْمُهُ) أي: يقدر عمق الغدير (بِمَا لَا يُنْحَسِرُ) أي: لا ينكشف أرضه (بِالْعَرْفِ) بفتح العين مصدر، وهو أخذ الماء باليد. أراد به الغرف للاغتسال، وهو مروى عن أبي يوسف. وقيل: للتوضؤ، وهو مروى عن محمد، فهو² الأصح؛ لأنه هو الأوسط.

(وَمِنْ جَارٍ) أي: يجوز رفع الحدث من ماء جارٍ، وهو ما يُدْهَبُ بتينة، والأصح أنه ما يُعْدُّه الإنسان جارياً.

وفي «المحيط»: لو كانت العذرة على السطح في مواضع: لا ينجس ماء المطر؛ لأنه بمنزلة الجاري. ولو كانت عند الميزاب: ينجس. ولو تنجس حوض، فدخل الماء فيه، وخرج منه، فالأصح أنه يطهر؛ لأن الماء الجاري لما اتصل به صار في حكم الجاري. وكذا حوض الحمام إذا انصب فيه الماء، واعترف الناس منه.

(عَدِمَ أَثَرَهَا فِيهِ) أي: أثر النجاسة الواقعة في الماء، (وَمَاءٍ) أي: يجوز رفع الحدث من ماءٍ (مَاتَ فِيهِ حَيَوَانُهُ). وهو ما يكون تولّده ومثواه في الماء.

قيّد به؛ لأن الحيوان البري الذي مات فيه إن كان له دمٌ سائلٌ يُفْسِدُهُ، وإلا فلا. ولو كان تولّده في غير الماء، وهو يعيش في الماء كالبط: فإنه يُفْسِدُهُ.

(وَتُجِيزُهُ) أي: رفع الحدث (بِمَاءٍ مَاتَ فِيهِ عَيْرٌ دَمَوِيٌّ) أي: ما ليس له دم سائل كالذباب ونحوه.

وقال الشافعي: لا يجوز؛ لأنه نجسٌ يُفْسِدُ الماءَ، وحرمة أكله لا لكرامته دليل على نجاسته.

ولنا: قوله صلى الله عليه وسلم: «موت ما ليس له نفس سائلة في الماء: لا يفسده»³، وحرمة الأكل قد توجد في طاهر كالطين.

قوله: «مات فيه» في هذه المسألة، وفي السابقة قيد أكثرى؛ لأن الحكم فيما مات في الخارج، فأُلْقِيَ في الماء، كذلك في الصحيح.

¹ كثيراً ما يطلق الحنفية في ظنيهم: هذا قول السلف، وهذا قول الخلف، وهذا قول المتقدمين، وهذا قول المتأخرين، فريدون بالسلف من أبي حنيفة إلى محمد، وبالخلف من محمد إلى شمس الأئمة الحلواني، وبالمتأخرين من حلواني إلى حافظ الدين محمد بن محمد البخاري المتوفي سنة 630 هـ. النافع الكبير، ص 56-57؛ الفوائد البهية، ص 240.

² ح: وهو.

³ سنن الدارقطني، 41/1، ولفظه: «كل طعام وشراب وقعت فيه دابة ليس لها دم فماتت فيه فهو حلال أكله وشره ووضوؤه».

ودود النخل وسور الثمار: لا يفسد اتفاقاً. والثوب لا ينجس بما ليس فيه دم سائل عندنا وإن كثر، من «الحقائق».

(وَنَجَسُوا الْقَلِيلَ) أي: حكموا بنجاسة الماء القليل إذا وقع فيه نجاسة (وَأَنَّ لَمْ يَتَغَيَّرَ بِالنَّجَاسَةِ). وقال مالك: لا ينجس الماء إذا لم يظهر أثر النجاسة فيه بتغيره، لقوله صلى الله عليه وسلم: «الماء طهور لا يُنجسه شيء إلا ما غيَّرَ لونه، أو طعمه، أو ريحُه»¹.

ولنا: إطلاق قوله صلى الله عليه وسلم: «لا يبولن أحدكم في الماء الدائم»² وهو الذي لم يكن عشرًا في عشر، وما رواه مالك وَرَدَّ فِي بَرِّ بَضَاعَةٍ / [10و] وكان ماؤها جارياً لما روي عن عائشة رضي الله عنها هكذا.

(وَنَجَسُوا الْقَلِيلَ وَإِنَّ لَمْ يَتَغَيَّرْ بِهَا) يعني: إذا كان الماء بقدر ماء القلتين يُنجس عندنا بوقوع نجاسة.³ وعند الشافعي: لا يُنجس لقوله صلى الله عليه وسلم: «إذا بلغ الماء قلتين لا يحتل حَبْتًا»⁴ أي: لا يُنجس بوقوع نجاسة.

ولنا: إطلاق الحديث السابق.

القلة: اسم لجرِّ يَسْعُهَا مائتان وخمسون رطلًا، كذا في «الكفاية».

ومعنى عدم احتماله: أنه ضعيف لا يُقاومُ النجاسة؛ بل يُنجس، كما يقال: «فلان لا يَحْتَمِلُ الضَرْبَ».

(وَأَمَّ يُنَجِّسُوا عَظْمَ الْمَيِّتِ دُونَ شَعْرِهِ) أي: لم يقولوا: عظم الميت نجس، وشعره طاهر. وقال مالك: عظم الميت نجس؛ لأن الحياة تحل فيه، ولهذا يتألم بقطعه، وشعره طاهر؛ لأن الشعر لا تحله الحياة.

(فَنُطِّهَرُهُمَا) يعني: قلنا: عظم الميت وشعره طاهران، (وَمَا لَا تَحُلُّهُ حَيَاةً) يعني: نُطِّهَرُ كُلَّ مَا لَا حَيَاةَ فِيهِ كَالْقَرْنِ وَنَحْوِهِ. وقال الشافعي: كلاهما نجسان، وكذا كل ما لا حياة فيه من أجزائه؛ لأن الميت نجس، فأجزؤه يكون تابعة له.

ولنا: ما لا تحله الحياة فالموت لا يُفسدُه.

(وَجِلْدُ الْكَلْبِ) يعني: هو طاهر عندنا حال كونه (مَدْبُوعًا)، خلافًا للشافعي؛ لأن الكلب كالخنزير عنده في قول.

وحد الدباغة: أن يخرج عن حد الفساد، حتى إذا منعه بالتراب أو الشمس، فقد دبغه عندنا. والدباغة عند الشافعي: لا يكون إلا بالقرظ، أو العفص، أو نحوهما.

(وَنُطِّهَرُوا جُلُودَ الْمَيِّتَاتِ مَدْبُوعَةً). وقال مالك: لا يطهر. والشافعي معه في هذا الحكم؛ لكن المصنف بيِّنَ فيه خلاف مالك.

له: قوله صلى الله عليه وسلم: «لا تتنفعوا من الميتة بشيء»⁵.

ولنا: قوله صلى الله عليه وسلم: «أَيُّمَا إِهَابٍ دَبِغَ، فَقَدْ طَهَّرَ»⁶ فيكون المنهي عنه الانتفاع من جهة الأكل.

(وَأَيُّمَا شَعْرَةٍ) أي: لا يدبغ الجلد (مِنْ مُحْتَرَمٍ) وهو الإنسان لكرامته، (وَنَجَسِ الْعَيْنِ) وهو الخنزير؛ لأنه لا يُقبَلُ الطهارة أصلاً. وعن أبي يوسف: إذا ذبح الخنزير يطهر جلده بالدباغة، كذا في «الخلاصة».

(وَيُنَجِّسُ شَعْرَهُ) أي: أبو يوسف شعر الخنزير؛ لأنه جزء منه، فلو وقع في الماء: يُفسدُه.

(وَطَهَّرَهُ) أي: قال محمد: إنه طاهر، فلا يُنجسُ الماء بوقوعه؛ لأن بالناس ضرورة إلى استعماله.

¹ سنن الدارقطني، 32/1.

² صحيح البخاري، الوضوء 68؛ صحيح مسلم، الطهارة 95.

³ ح: النجاسة.

⁴ سنن ابن ماجه، الطهارة 75؛ مصنف ابن أبي شيبة، 140/2.

⁵ سنن أبي داود، اللباس 39؛ سنن الترمذي، اللباس 7؛ سنن ابن ماجه، اللباس 26.

⁶ سنن الترمذي، اللباس 7؛ سنن ابن ماجه، اللباس 25.

(وَتَجَسَّ عَيْنَ الْفِيلِ) أي: قال محمد: الفيل نجس العين؛ لأنه كالخنزير في الشكل، وحرمة اللحم: فلا ينتفع بشيء من أجزائه.

(وَأَلْحَفَاهُ بِالسَّبَاعِ) يعني: قالوا: الفيل منتفع به حقيقة، فيصير منتفعًا به شرعًا كسائر السباع.

فصل في البئر وأحكامها

ثبتت بالأثار مخالفاً للقياس؛ لأن ماءها قليل، ولكن لا يتنجس كله.

(تُنَزَّحُ الْبَيْرُ) أي: كل مائها من قبيل ذكر المحل وإرادة الحال (لَمْؤُتِ آدَمِيٍّ) بالوقوع فيها (وَنَحْوِهِ) أي: ولموت ما يقاربه في الحنَّة، لما روي أن ابن عباس رضي الله عنهما «أَمَرَ بِنَزْحِ مَاءِ زَمْرٍ حِينَ مَاتَ فِيهَا زَنْجِي بَعْدَ إِخْرَاجِهِ»، (وَلَا تُنْفَاحُ حَيَوَانٍ) يعني: ينزح كل البئر لانتفاخ حيوانٍ فيها صغيراً كان أو كبيراً لانتشار بلته في أجزاء الماء، ولهذا ينزح جميع الماء إذا وقع فيه ذنب الفأرة. وإذا كان المنتفع كذلك يكون المتفسخ أكثر فساداً لبقاء جزء منه فيه، ولهذا قالوا: الفأرة إذا انتفخت في الخمر، فصارت حلاً: حل أكله؛ لأنها صارت شيئاً آخر بالتغيير، ولو تفسخت: لا يحل، كذا في «المحيط».

(وَعِشْرُونَ) أي: ينزح عشرون (دَلْوًا وَسَطًا) وهو من دلء كل بئر ما يُسْتَقَى به كثيراً. وقيل: ما يَسْعُهُ صاع، (أَوْ كَبِيرًا بِحِسَابِهِ) مثلاً: إذا وَسِعَ الدَلْوُ الكَبِيرَ عشرون دَلْوًا وَسَطًا: ينزح به مرة واحدة، (لَمْؤُتِ فَأَرَةً وَنَحْوَهَا) لحديث أنس رضي الله عنه أنه قال في الفأرة: «إذا ماتت في البئر، فأخرجت من ساعته: ينزح منها عشرون دَلْوًا»، وانعقد عليه إجماع الصحابة رضي الله عنهم. وفي «الخلاصة»: ينزح إلى أربع فأرات عشرون، وفي الخمس إلى التسع خمسون، فإن كان عشراً: ينزح البئر¹ كلها، كذا روي عن أبي يوسف.

وما قاله بعض الشافعية تشبيهاً على أصحابنا من أن الدلو كَيْسٌ يُخْرِجُ الماء النجس من الطاهر فباطل؛ لأنه في مقابلة الإجماع مع إمكان معارضتهم بالمثل بأن يقول: إذا ماتت الفأرة في البئر التي ماؤها قتلان، ولم يتغير الماء، فمذهبيكم أنه طاهر، فإذا نُزِحَ منها دلو ولم يخرج معها الفأرة فنقص ماؤها في البئر، فظاهر الدلو نجس، فما في الدلو طاهر، فيكون الدلو كَيْسًا. وفي «الخانية»: لو نزح دلو أول من بئر ماتت فيها فأرة، وصب في بئر طاهرة: ينزح من الثانية عشرون، وإن كان المصبوب دَلْوًا ثَانِيًا: يُنَزَّحُ من الثانية أيضًا تسعة عشر، وعلى هذا؛ لأن الثانية في حكم الأولى. ولو كان المصبوب عشرين: يكون بمنزلة وقوع فأرة.

(إِلَى ثَلَاثِينَ) يعني: تستحب الزيادة على عشرين إلى ثلاثين، (وَأَرْبَعُونَ) أي: ينزح أربعون دَلْوًا (إِلَى خَمْسِينَ) استحباباً في رواية، (أَوْ سِتِينَ) في رواية أخرى احتياطاً (لِحَمَامَةٍ وَنَحْوَهَا) كدجاجةٍ وَسْتُورٍ وأمثالهما.

(وَمِنَ الْمَعِينِ) أي: ينزح / [10ظ] من الماء الذي له عيون في البئر (بِقَدْرِهِ) أي: بقدر الماء الذي كان فيها بأن يَغْلِبَ على ظنهم أن جميع ما فيها نُزِحَ. والأشبه أن يؤخذ في بيان القدر بقول رجلين لهما بَصَارَةٌ في أمر الماء.

(وَأَمَرَ بِمَائَتَيْنِ) أي: أمر محمد بنزح مائتين دَلْوًا في المعين، وهو رواية عن أبي حنيفة (إِلَى ثَلَاثِمِائَةٍ) تيسيراً للناس.

(وَأَعَادَةُ صَلَاةِ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ وَلَيْلِيهَا) مُؤَدَّةٌ من ماء بئرٍ (لِظُهُورِ مُنْتَفِخٍ) غير معلوم متى وقع فيها (وَيَوْمٍ وَلَيْلَةٍ) أي: وإعادة صلاة يوم وليلة (لَمَيِّتٍ) أي: لظهور ميت لم ينتفخ فيها (وَاجِبَةٌ) عند أبي حنيفة. وهي خبر لقوله: «وإعادة».

(وَوَقَفَاهَا عَلَى الْعِلْمِ) يعني: جعلها وجوباً لإعادتها موقوفاً على علم وقوعه. وإذا لم يُعْلَمْ يُحْكَمُ بنجاستها في الحال لا في الماضي.

له: أن الانتفاخ دليل التقادم، فيقدر وقوعه منذ ثلاثة أيام؛ لأنها أقل الجمع، وعدم الانتفاخ دليل على قُرْبِ زمانه، فيقدر بيوم وليلة احتياطاً؛ لأن أقل المقادير في باب الصلاة: يوم وليلة.

¹ د - البئر.

ولهما: أن طهارة الماء كانت ثابتةً بيقين، فلا يزول بالشك.

(وَطَهَّرَهَا) أي: محمد البئرَ (وَالدَّلُوْا الْأَخْيِرُ تَقَطَّرُ) في هواء البئر. فلو توضأ من البئر إنسان في تلك الحالة: يجوز عنده، ولا يجوز عندهما.

قيد بقوله: «تقطر»؛ لأن الدلو لو كان في الماء بعد لم يطهر اتفاقاً.

له: أن الدلو انفصل من وجه الماء، فتميزت النجس من الطاهر، فتطهر البئر، كما إذا نُجِّي الدلو عن رأس البئر ولم يصب ماؤه. ولهما: أن ما يتقاطر من الدلو حكمه حكم ماء البئر بدليل أنه لا يتنجس به ماء¹ البئر، فلا يقع به الانفصال من كل وجه، بخلاف ما إذا نُجِّي عن رأس البئر؛ لأنه انفصل حقيقةً وحكمًا.

اعلم: أن البئر إذا طُهِّرَتْ يطهر دلوه ورشاؤه التي نزح بها² كعروة الإبريق يُطَهَّرُ بطهارة اليد النجسة في المرة الثالثة، ويد المستنحي تُطَهَّرُ بطهارة المحل، والذن يطهر إذا صار خمره خلًا، كذا في «التبيين».

(فصل) في الأسار

جمع السؤر. وهو: ما بقي من الطعام والشراب.

(وَيُعْتَبَرُ السُّؤْرُ بِالْمُسْتَوْرِ) اسم فاعل من «أسار»، أي: أبقى. يعني: إذا كان لحم المُسْتَوْرِ طاهرًا فسؤره طاهر، وإن كان نجسًا فنجس، أو مكروهًا فمكروه.

(وَتُوجِبُ غَسْلَ الْإِنَاءِ لِوُلُوغِ الْكَلْبِ) أي: لشربه (فَلَأَنَّا) أي: ثلاث مرات، وهو قيدٌ للغسل (لَا سَبْعًا إِحْدَاهُنَّ بِالتَّرَابِ) يعني: عند الشافعي: يجب غسله سبع مرات بشرط أن يكون إحداهن مخلوطةً بالتراب.

له: قوله صلى الله عليه وسلم: «إذا ولغ الكلب في إناء أحدكم، فليغسله سبعًا إحداهن بالتراب»³. ولنا: قوله صلى الله عليه وسلم: «يغسل الإناء من ولوغ الكلب ثلاثًا»⁴، وما رواه محمود على ابتداء الإسلام؛ لزرهم عن اقتناء الكلب وضع في الكلب؛ إذ في إلحاق الخنزير به قولان.

وقيد الولوغ اتفاقاً؛ إذ نجاسة دمه وسائر أعضائه وبوله سواء يغسل سبعًا، من «الحقائق».

(وَتَنَجِّسُوهُ مِنْهُ) أي: حكموا بنجاسة السؤر من الكلب لما تقدم (وَمِنَ الْخِنْزِيرِ)؛ لأنه نجس العين، كما قال تعالى: ﴿أَوْ لَحْمِ خِنْزِيرٍ فَإِنَّهُ رِجْسٌ﴾ [الأنعام، 145/6]، الضمير عائد إلى الخنزير لقربه. وقال مالك: لا يَنْجُسُ الحيوان لدلالة حياته على طهارته، وإنما يَنْجُسُ بالموت.

(وَتَحْكُمُ بِهِ) أي: بتنجس السؤر (مِنْ سِبَاعِ الْبِهَائِمِ)، خلافًا للشافعي.

قيدها بـ«البهائم»؛ لأن سؤر سباع الطيور طاهرٌ اتفاقاً.

له: ما روي أنه صلى الله عليه وسلم سُئِلَ عن الحيض التي في الفلوات يشرب منها السباع، فقال: «هو لنا شراب وطهور»⁵. ولنا: أن لعابها نجس؛ لتولده من لحم نجس، فيصير سؤره نجسًا؛ لاختلاطه بالماء، وما رواه محمود على الحيض الكبيرة. (وَلَا يَكْرَهُهُ) أي: أبو يوسف السؤر (مِنْ هَرَّةٍ وَكَرْهَاهُ).

له: ما روي: «أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يصغي الإناء للهرة، فتشرب منه، ثم يتوضأ»⁶.

¹ د - ماء.

² ح - بها.

³ سنن أبي داود، الطهارة 37؛ سنن النسائي، المياه 7؛ سنن ابن ماجه، الطهارة 31.

⁴ سنن الدارقطني، 108/1. وانظر أيضًا: الطحاوي، شرح معاني الآثار، 23/1.

⁵ مصنف عبد الرزاق، 77/1؛ سنن الدارقطني، 26/1، 36.

⁶ الطحاوي، شرح معاني الآثار، 19/1.

ولهما: قوله صلى الله عليه وسلم: «الهرة سبع»¹، المراد به: بيان الحكم، وهو نجاسة سورها؛ لكن بعلة الطوف سقطت نجاسته، فبقي كراهته، وما رواه محمود على ما قبل التحريم.

اعلم: أن الخلاف في الهرة قبل أكل الفأرة. وأما بعده فسورها يتنجس اتفاقاً إذا كان على الفور. وإن مكثت ساعة لا يتنجس عند أبي يوسف؛ لأنها غسلت فإما بلعابها، ولعابها طاهر، والصَّب وإن كان شرطاً عنده في التطهير؛ لكن لم يعتبره هنا للضرورة. ويتنجس عند محمد؛ لأن فيها تنجس بالفأرة، والنجس لا يطهر إلا بالماء عنده، كذا في «المحيط».

(وَيُكْرَهُ مِنْ دَجَاجَةٍ مُخَلَّاةٍ) غير محبوبية؛ لاحتمال نجاسة منقارها، وعدم تحاميتها عن أكلها، (وَسِبَاعِ الطَّيْرِ) أراد بها: ما يأكل الميتة. وإن لم يأكلها مثل البازي الأهلي: لا يكره. إنما كره سورها؛ لأنها تشرب بمنقارها، وهو عظم، ونجاسته غير متيقنة، وليست كسباج البهائم، فإنها تشرب بلسانها، وهو رطب بلعابها المتولد² من لحمها.

(وَسَاكِنِ الْبُيُوتِ) كالفأرة والحية وغيرهما. كان القياس أن يكون سورها نجساً؛ لأن أكلها حرام؛ لكن سقطت نجاسته بعلة الطوف،/[11و] فبقيت كراهته كراهة تنزيه في الأصح.

وفي «الخلاصة»: حكم الماء المكروه: أنه لو توضع به مع القدرة على ماء آخر: يجوز مع الكراهة، وإن كان عادماً للماء: توضع به، ولا يتيمم.

(وَيُجْمَعُ بَيْنَ التَّيْمُمِ وَالْوُضُوءِ بِسُورِ بَغْلِ أَوْ حِمَارٍ). المراد بالجمع: أن لا يخلو الصلاة الواحدة عنهما دون الجمع في حالة، حتى لو توضع بسور حمارٍ فضلى، ثم أحدث وتيمم وصلى تلك الصلاة: جاز، كذا في «الكفاية».

إنما وجب الجمع احتياطاً؛ ليرتفع الحدثُ بيقين، فإن سورها مشكوك في طهارته. وقيل: في طهوريته، وهذا هو الأصح؛ لأن سوره طاهر، ولهذا قالوا: لو مسح رأسه بسور الحمار، ثم وجد الماء المطلق: لا يجب غسل رأسه. ولو كان الشك في طهارته، لوجب.

والمراد بالشك هنا: التوقف لتعارض الأدلة فيه، لما روي عن ابن عباس أنه قال: «سور الحمار طاهر»، وعن ابن عمر: «أنه نجس»، ولم يُرجح دليل النجاسة؛ لثبوت الضرورة فيه؛ لأن الحمار يُرْتَبَطُ في الألفية، فيشرب من الآنية؛ لكن ليست كضرورة الهرة؛ لأنها تدخل المضايق دون الحمار. وأما البغل فمن نسل الحمار، فكان بمنزلة، كذا في «شرح المصنف»؛ لكن فيه تفصيل؛ لأن البغل إذا كانت أمه رَمَكَةً يكون سوره طهوراً لا مشكوكاً؛ لأن الولد يتبع الأم، كذا في «الغاية».

(وَأَجْزَأُ تَقْدِيمِ التَّيْمُمِ) على الوضوء بسور الحمار إذا لم يجد الماء المطلق. وقال زفر: لا يجوز البداية بالتيمم؛ لأنه ماءٌ يجب التوضؤ به، فلا بد من إعداده أولاً؛ ليصح التيمم.

ولنا: أن الجمع بينهما للاحتياط، وإذا حصل في نفس الجمع لا في الترتيب؛ لأن الماء إن كان طهوراً، فالتيمم لغو تقدم أو تأخر، وإن لم يكن فالتيمم معتبر تقدم أو تأخر.

وفي «الخلاصة»: إن توضع ثم تيمم: فهو أفضل.

(وَلَا بَأْسَ بِسُورِ الْفَرَسِ) يعني: يجوز التوضؤ به. أما عند أبي حنيفة، فلأن كراهة لحم الفرس لإظهار شرفه لا لنجاسته. وأما عندهما، فلأنه غير مكروه.

¹ مسند أحمد بن حنبل، 442/2؛ مصنف ابن أبي شيبة، 348/1. وانظر أيضاً: سنن الدارقطني، 118/1؛ الحاكم، المستدرک، 183/1 بلفظ: «الستور سبع».

² ح: المتولدة.

(وَتَحْكُمُ بِالْأَعْلَبِ فِي اخْتِلَاطِ أَوَانٍ) وهو جمع آنية، وهي الظرف (أَقْلَهَا طَاهِرٌ) يعني: إذا كان بعض أوان طاهرًا، وبعضها نجسًا، فاختلطت اختلاطًا مجاوزةً، فإن كان أكثرها نجسًا كان الكل نجسًا عندنا، فيريق ويتيمم (لَا بِالتَّحْرِي) يعني: حكم الشافعي بأن يتحرى، ويستعمل ما غلب على ظنه أنه طاهر، كما كان يتحرى في ثيابٍ أقلها طاهر.

ولنا: أن الحكم للغالب، وليس هذا كالثياب؛ لأنه لا خَلْفَ لها¹ في ستر العورة، وللوضوء خَلْفٌ في التطهير، وهو التيمم. وفي «الخلاصة»: هذا في حالة الاختيار. وأما في حالة الاضطرار، فيتحرى للشرب اتفاقًا. قيد بقوله: «أوانٍ»؛ لأن المختلط لو كان إناءين يريقهما، ويتيمم اتفاقًا. وقيد بقوله: «أقلها طاهر»؛ لأن أقلها لو كان نجسًا: يتحرى اتفاقًا، ويريق ما غلب على ظنه أنه نجس.

أقول: لو قال: «أوانٍ قليلٍ طاهرها»، لكان أولى؛ لأن قوله: «أقلها طاهر» إن جعل صفةً لـ«أوان» كان ينبغي أن يستثنى الاسمى الواقعة صفةً عن قاعدته في الديباجة، كما استثنى الاسمى الواقعة حالًا. وإن جُعِلَ حالًا: فغير جائز، كما قال المالكي: لا يجوز إيقاع الجملة الاسمى حالًا متأخرةً عن نكرةٍ غير موصوفةٍ، ولا مضافةٍ، ولا واقعةٍ في سياق النفي، ولا مصدرًا بالاستفهام، ولا مفصولةً بينها وبين ذي الحال بـ«إلا» أو الواو. وأما إذا فُصِّلَتْ: فجائز، كما قال تعالى: ﴿أَوْ كَالَّذِي مَرَّ عَلَى قَرْبَةٍ وَهِيَ خَاوِيَةٌ عَلَى عُرُوشِهَا﴾ [البقرة، 259/2] على أن كون الاسمى حالًا بمجرد الضمير ضعيفٌ.

(فصل) في التيمم وما ينقضه

(يَتِيمٌ مُسَافِرٌ) قيد به؛ لأنه يَفْقِدُ الماءَ غالبًا، لا للاحتراز عن المقيم (فَقَدَ الْمَاءَ) أراد به: ما يكفيه رفع الحدث؛ لأن ما دونه في حكم المعلوم (حَقِيقَةً) بأن لا يجده، (أَوْ حُكْمًا) بأن وجدته، وعجز عن استعماله لمانع كمرضٍ، أو عدم آلة، أو غيرهما لقوله صلى الله عليه وسلم: «التراب طهور المسلم ما لم يجد الماء»،² (وَمُفَارِقُ الْمِصْرِ) أي: يتيمم مفارق المصير. وهذا القيد أيضًا بناء على الغالب، لا للاحتراز عن المصير؛ لأن عادَمَ الماء في المصير يتيمم، كذا في «الأسرار». ولو قال: «ومفارق الماء»، لكان أشمل، (مِيَالًا) وهو أربعة آلاف ذراع.

وعن الكرخي: يتيمم إذا فارق بحيث لا يسمع أهل الماء صوتَهُ.

وعن أبي يوسف: إذا كان الماء بحيث لو ذهب إليه المسافر، لغاب القافلة عن بصره، والأوّل هو المختار في تعيين المقدار. (وَنُجْبِزُهُ لِمَرِيضٍ خَافَ الزِّيَادَةَ) أي: زيادة مرضه باستعمال الماء أو بالتحرك، (كَمَا لَوْ خَافَ) المريضُ (تَلَفَ نَفْسٍ أَوْ عُضْوٍ): جاز له التيمم اتفاقًا. وقال الشافعي: لا يجوز لخوف الزيادة؛ لأنه غير عاجز كخائف التلف.

(فَيَضْرِبُ) هذا بيانٌ لنفس التيمم، كما قال صاحب «الكشاف» في قوله تعالى: ﴿فَتَوَبُّوا إِلَىٰ بَارئِكُمْ فَاقْتُلُوا أَنفُسَكُمْ﴾ [البقرة، 54/2]، الفاء للتعقيب، وتوبتهم هو قتلهم، أي: فاعزُّمُوا إلى التوبة، فاقتلوا أنفسكم. والمعنى فيما نحن فيه: يَغْرِمُ / [11ظ] التيمم أولًا فيضربُ، وما سبق كان بيانًا لوقت جوازه. وفيه إشارة إلى أن الضربة من التيمم، حتى لو ضرب يديه، فأحدث قبل أن يمسح بهما بطل تيممه، كما لو أحدث في خلال الوضوء. وقيل: الضربة ليست منه، فلا يبطل تيممه في الصورة المذكورة، كمن أخذ بكفه ماءً للوضوء، ثم أحدث، كذا في «التجنيس».

(ضَرْبُهُ لَوَجْهِهِ) أي: لمسح وجهه، (وَأُخْرَى) أي: ضربةً أخرى (لِيَدَيْهِ) أي: لمسحهما (إِلَىٰ مِرْفَقَيْهِ). «إلى» هنا بمعنى

«مع».

¹ وفي هامش ح: أي: للثياب.

² سنن الترمذي، الطهارة 92؛ سنن النسائي، الطهارة 203؛ سنن أبي داود، الطهارة 123، بلفظ: «الصعيد الطيب وضوء المسلم».

وكيفيته: أن يضع بطن كفه اليسرى على ظهر كفه اليمنى، ويثدُّ على رؤوس الأصابع حتى يمسح المرفق، ثم يديرها إلى بطن الساعد، ويثدُّها إلى الكف، ثم يضع بطن كفه اليمنى على ظهر كفه اليسرى، ويُفعلُ كما فعل باليمنى. ولو شلَّتْ كلا يديه يمسح وجهه وذراعيه على الحائط، كذا في «الخلاصة».

(مُسْتَوْعِبًا) صفةٌ مصدرٌ محذوفٍ، أي: مسحًا مستوعبًا (هُوَ الصَّحِيحُ) رواية عن أبي حنيفة؛ لأنه خَلَفَ الوضوء، حتى قالوا: لو لم يخلل الأصابع، ولم ينزع الخاتم، ولم يمسح تحت الحاجبين: لم يجز تيممه. وفيه إشارة إلى ضعف ما روي عنه: أن مسح أكثر الوجه واليدين كافٍ؛ لأن شرط الاستيعاب يؤدي إلى الحرج؛ لأن التراب لا يصل إلى كل موضع كالماء، والحرج مدفوع. قال الفقيه أبو جعفر: ظاهرُ الرواية عن أصحابنا إذا كان المتروك أقلَّ من الربع: يجوز، كذا في «المصنفى».

(وَلَمْ يَفْتَصِرُوا) في مسح اليدين (عَلَى الْكُوعَيْنِ) أي: الرسغين. ومالك اقتصر عليهما، لما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال: «التيمم مسح الوجه والكفين»¹.

ولنا: قوله صلى الله عليه وسلم: «التيمم ضربتان: ضربة للوجه، وضربة لليدين إلى المرفقين»². (وَيَجُوزُ مِنْ صَعِيدٍ) وهو اسم لوجه الأرض ترابًا كان أو غيره من حجر ونورة وغيرهما (طَاهِرٍ غَيْرِ مُنْطَبِعٍ) أي: لا يلين. احترز به عن الحديد والذهب ونحوهما، فإنها تلين وينطبع، (وَلَا مُتَرَمِّدٍ) احترز به عن الخشب وغيره مما إذا احترق يصير رمادًا، وإذا اختلط بالتراب، فإن كان الغالب هو التراب: يجوز التيمم، وإلا فلا.

وفي «التنجيس»: لا يجوز التيمم بالملح المائي؛ لأنه ليس من جنس الأرض. (وَلَمْ نُعَيِّنِ التُّرَابَ) للتيمم. وقال الشافعي: لا يجوز التيمم إلا بالتراب، لقوله تعالى: ﴿فَتَيَمَّمُوا صَعِيدًا طَيِّبًا﴾ [النساء، 43/4؛ المائدة، 6/5]، أي: ترابًا مُنْتَبِتًا، كذا فسره ابن عباس رضي الله عنهما.

ولنا: أن الصعيدَ وجهُ الأرض بإجماع أهل اللغة. والطيب هناك بمعنى الطاهر؛ لأن الترابَ المُنْتَبِتَ إذا كان نجسًا: لا يجوز به التيمم بالإجماع، فعلم أن الإنباتَ ليس له أثر في التطهير.

(وَيُجِزُهُ) أي: أبو يوسف التيممَ (بِالرَّمْلِ أَيْضًا) أي: كما أجازته بالتراب. وتخصيصهما بالذكر يدل على أنه لم يجوزه بغيرهما. ودليل الشافعي في التراب دليل له؛ لكن أَلْحَقَ به الرمل، لما روي أنه صلى الله عليه وسلم سُئِلَ عن التيمم بالرمل، فَأَمَرَ بِهِ،³ (وَاللُّصْرُورَةَ بِالْغُبَارِ) أي: إنما يجوز التيمم بالغبار عند أبي يوسف إذا اضطر عن التراب والرمل، وعندهما: يجوز به مطلقًا. له: أن الغبارَ ترابٌ من وجهه، فلا يجوز إلا إذا عجز عن التراب الخالص.

ولهما: أن الغبار ترابٌ رقيقٌ حقيقَةٌ، وهو من الصعيد، فيجوز به عند الاختيار. (وَالْإِلْتِصَاقُ مُلْعَى، وَشَرْطُهُ) يعني: التصاق الصعيد باليد ليس بشرط عند أبي حنيفة، حتى لو ضرب يده على صخرة لا غبار عليها: جاز، وشرط عند محمد فلم يجز؛ لأن التيمم مسح بالتراب، فَيُشْتَرَطُ الالتصاقُ فيه، كما شَرَطَ في مسح الرأس والخفين. ولأبي حنيفة: أن قوله تعالى: ﴿فَامْسَحُوا بِوُجُوهِكُمْ وَأَيْدِيكُمْ﴾ [النساء، 43/4؛ المائدة، 6/5] مطلق عن الالتصاق، فَيُخْرَى على إطلاقه.

(وَفَرَضْنَا النِّيَّةَ فِيهِ) يعني: نية الطهارة، واستباحة الصلاة فرضٌ في التيمم عندنا، خلافاً لزفر. له: أن التيمم خَلَفَ عن الوضوء، فلا يخالفه في عدم اشتراط النية. ولنا: أن التراب ملوث، وإنما يكون مطهراً بنية الطهارة المقصودة للصلاة، والماء مطهراً بنفسه، فَاسْتُعْنِيَ عن النية.

¹ السنن الكبرى للبيهقي، 211/1.

² المعجم الكبير، 367/12؛ سنن الدارقطني، 332/1.

³ مسند إسحاق بن راهويه، 339/1؛ مسند أبو يعلى، 269/10؛ المعجم الأوسط، 290/2.

(وَيَنْقُضُهُ) أي: التيمم:

[1.] [نَاقِضُ الْأَصْلِ] وهو الوضوء؛ لأنه حُلْفُهُ.

[2.] [وَالْقُدْرَةُ عَلَى الْمَاءِ] أي: وينقضه القدرة على استعماله؛ لأن جواز التيمم مشروط بالعجز عنه. ثم القدرة قد يثبت بالإباحة، كما إذا قال صاحب الماء: ليتوضأ بهذا الماء أياكم شاء: ينتقض تيمم كل واحدٍ. فإذا توضأ به واحد يعيد الباقيون تيممهم؛ لثبوت القدرة لكل واحدٍ على الانفراد.

[3.] [وَمُرُورُ النَّاعِسِ بِهِ] أي: مرورُ الوَسْتَانِ بالتيمم على الماء ينقض تيممه عند أبي حنيفة (كَالْمُسْتَقِظِ) يعني: كما ينقض لو مرَّ به مستيقظًا. وقالوا: لا ينقض. أشار بقوله: «الناعس» إلى أن الخلاف فيما يكون نومه غير ناقصٍ؛ [12و] لعدم استغراقه به؛ لأنه لو كان مضطجعًا أو متكئًا: ينقض تيممه بالنوم.

لهما: أنه بالنعاس خرج عن قدرة استعمال الماء.

وله: أن النوم اليسير للماء على المشي، أو ركبًا على وجه لا يتخلله اليقظة المشعرة للماء نادراً، فيجعل كاليقظة، وقولهما رواية عنه.

(وَتَبْطُلُ صَلَاتُهُ لِرُؤْيَيْهِ) يعني: لو رأى التيمم في أثناء صلاته الماء، بحيث يقدر على تحصيله: تبطل صلاته عندنا (مطلقاً)

أي: سواء كان المصلي مسافراً أو مقيماً، كذا فسره المصنف. وعند الشافعي: لا تبطل مطلقاً. ويحتمل أن يراد منه سواء كان أداؤه فرضاً أو نفلًا؛ لأنه إن كان فرضاً لا تبطل عند الشافعي. وإن كان نفلًا، فعنه روايتان.

فقدنا الرؤية بـ«كونها في أثناء الصلاة»؛ لأنه لو رآه بعد فراغه منها: لا تبطل اتفاقاً، وقبل شروعه فيها: تبطل اتفاقاً. فلو قال المصنف: «لرؤيته فيها»، لكان أظهر.

له: أن حرمة الصلاة مانعة عن إبطالها، فكان عاجزاً عن الاستعمال حكماً.

ولنا: أنه قادرٌ حقيقة، فيبطل تيممه، ولا يبقى للصلاة حرمة لفوات شرطها.

(وَيَأْمُرُ بِإِعَادَتِهَا لِتَذْكُرِهِ) يعني: من وضع الماء في رجليه، أو وضعه غيرُه بعلمه، فنسي، وكان مما يُنسى عادةً، فتيمم فصلتي،

ثم تذكر في الوقت، أو بعده يأمر أبو يوسف بإعادة صلاته. وقالوا: لا إعادة عليه.

قيد بـ«التذكر» المسبوق بالنسيان المسبوق بالعلم؛ لأنه لو ظن أن ماءه قد فني فتيمم وصلّى، ثم ظهر أنه لم يقن: يعيد بالاتفاق. ولو لم يعلم وضع غيره الماء، فتيمم وصلّى: لا يعيد بالاتفاق.

له: قوله تعالى: ﴿فَلَمَّ تَجَدُّوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا﴾ [النساء، 43/4؛ المائدة، 6/5]، فإنه واجد الماء في نفس الأمر، فيبطل تيممه،

كما لو صام عن كفارة، فنسي الطعام في رجليه: لم يجز صومه.

ولهما: أن المراد بقوله: ﴿فَلَمَّ تَجَدُّوا مَاءً﴾ [النساء، 43/4؛ المائدة، 6/5]، لم تقدر على الماء،¹ والناسي عاجزٌ عن

استعماله بعذر سماوي: فيجوز تيممه لعدم القدرة. وأما التكفير، فلم يجز فيه الصوم لانعدام شرطه، وهو عدم ملك الطعام، ولهذا قالوا: إباحة المال للمكفر لا تمنع صومه، وإباحة الماء للتيمم تمنعه عن التيمم.

وقدنا بقولنا: «وكان مما ينسى عادة»؛ لأنه لو لم يكن كذلك، كما إذا نسي الماء على ظهره، أو المعلق في مؤخر رحله،

وهو يسوق مركبة، فتيمم وصلّى: يعيد اتفاقاً؛ لأن نسيانته لم يعتبر، كذا في «الكفاية».

(وَأَبْطَلْنَاهَا لِرُؤْيَيْهِ مُتَوَصِّيً اِقْتَدَى بِمُتَيَمِّمٍ) يعني: إذا اقتدى متوصي بمتميم، فرأى ماءً في صلاته: تبطل صلاته عندنا، خلافاً

لذفر.

¹ ح - على الماء.

وقيد المأموم بـ«المتوضى»؛ لأنه لو كان متممًا تَفَسَّدُ صَلَاتُهُ اتفاقًا. وأما صلاة الإمام، فغيرُ فاسدة في صورتين اتفاقًا؛ لأنه لم ير الماء.

له: أن وضوء المتوضى لا ينتقض برؤية الماء؛ فلا يفسد صلاته.

ولنا: أن المتوضى إذا رأى الماء يزعم أن إمامه رآه، ففسد صلاته، فتفسد صلاة المقتدي، كما إذا زعم المتحري أن إمامه مخالف له في الجهة.

(وَالْوُضُوءُ بِنَبِيذِ التَّمْرِ مُتَعَيِّنٌ) يعني: عادم الماء إذا وجد نبيذ التمر: يتوضأ به عند أبي حنيفة. النبيذ: ماء ألقى فيه تمر ونحوه؛ ليصير حُلْوًا.

(فَرُؤَيْتُهُ تُبَطِّلُهَا) هذا تفریع لما قبله، يعني: إذا تعین النبيذ للوضوء، فرؤية المتمم في الصلاة يُبَطِّلُهَا، كما إذا رأى الماء المطلق، (وَالتَّيْمُ فِي الْأَصَحِّ) يعني: التيمم متعين، ولا يتوضأ بالنبيذ في أصح الروايتين عن أبي حنيفة، وبَيَّنَ بقوله: (كَمَا يُفْتِي بِهِ) أي: أبي يوسف يكون التيمم متعيناً أن قوله: هو المختار، (فَيَتَمَّمُهَا) تفریع للرواية الثانية. يعني: لا تبطل صلاة المتمم برؤية النبيذ، فيتتمها.

(وَأَوْجِبَ) محمد (الْجَمْعُ) بين الوضوء بالنبيذ والتيمم، (فَيَمْنِي فِيهَا) أي: يصلي الصلاة التي رأى فيها النبيذ، (وَيُعِيدُهَا) احتياطاً، هذا تفریع لقول محمد.

وفي «الحقائق»: «وُضِعَ الخِلافُ في نَبِيذِ التَّمْرِ؛ إذ في غيره من الأَنْبَذَةِ: يتيمم اتفاقًا. والاعتسَالُ بالنبيذ على هذا الخلاف؟ قيل: الخلاف في النبيذ الغير المسكِر، فإن المسكِر منه: لا يجوز به اتفاقًا، وفي غير المطبوخ أيضًا؛ لأنه لو كان مطبوخًا: لا يجوز التوضؤ به اتفاقًا وإن لم يشتد؛ لأن النار غَيَّرَتْهُ، كذا في «شرح الجامع الصغير».

لأبي حنيفة: أنه صلى الله عليه وسلم توضأ بنبيذ التمر ليلة الجن، فقال: «تمرٌ طيبةٌ، وماؤها طهورٌ»¹. ولأبي يوسف: أنه ليس بماء مطلق، فلا يجوز التوضؤ كسائر الأنبذة.

ولمحمد: أن التاريخ بين آية التيمم وحديث ليلة الجن غيرُ معلوم، فيُجْمَعُ بينهما احتياطاً.

(وَالْمَحْضُورُ² فَاقْدُ الطَّهُورَ) أي: لم يجد ماء ولا ترابًا نظيفًا. وهو بالرفع صفة المحصور، واللام / [12ظ] فيه للعهد الذهني، فيكون في حكم النكرة، وبالنصب حال.

(يُؤَخَّرُهَا) أي: الصلاة عند أبي حنيفة، ولا يتشبه؛ لأن التشبه بالمصلين لم يردْ به الشرع، وإثباته بالرأي متعذرٌ.

(وَقَالَ: يَتَشَبَّهُ) يعني: يجب التشبه بالمصلين بركوع وسجود إن وجد مكانًا يابسًا. وإن لم يجد يومئ قائمًا، ويجعل السجود أخفض من الركوع، ثم يعيد إذا خرج قضاءً لحقِّ الوقت بقدر الإمكان، كمسافر أفطر، فأقام يتشبه بالصائمين.

(وَوَافَقَ) أي: محمد أبا حنيفة (في رِوَايَةٍ) عن محمد.

(وَلَمْ يُلْزِمَهُ بِالْإِعَادَةِ لِأَدَائِهِ فِيهِ بِالتَّيْمِ) يعني: إذا صلى المحبوس في المصر بالتيمم، ثم نجا من الحبس: لا يجب عليه

الإعادة عند أبي يوسف. وقال: تجب.

وفي «المصنف»: لا بد من تقييد المحبوس بكونه في المصر؛ لأنه لو كان خارج المصر، فصلى بالتيمم لا يعيد اتفاقًا، ولو كان معه ماء، فمنعه غيره يعيد اتفاقًا.

له: أنه صلى بإذن الشرع لعجزه عن استعمال الماء، فلا يعيد كالمريض.

¹ سنن أبي داود، طهارة 42؛ سنن الترمذي، طهارة 65؛ سنن ابن ماجه، طهارة 37.

² وفي هامش ح: أي: المحبوس.

ولهما: أن المنع جاء من جانب العبد، فصار كمن معه ماء، فمنعه غيره عن استعماله، بخلاف المريض، فإن عذره سماوي جاء من قِبَل مَنْ له الحق.

وفي «التنجيس»: كذا الخلاف في أسير في يد العدو إذا صلى بالتيمم ثم نجا منه. **(وَتُنَزَّمُهُ بِالطَّلَبِ لِغَلْبَةِ ظَنِّ)** يعني: يلزم للمسافر طلب الماء عندنا إذا غلب على ظنه أن يُقْرَبَهُ مَاءً (لَا مُطْلَقًا). يعني: عند الشافعي: يلزمه الطلب، سواء غلب على ظنه أو لم يغلب؛ ليتيقن شرط جواز التيمم، وهو عدم الماء. ولنا: أن الغالب عدم الماء في الفلوات، فلا يلزمه الطلب ما لم يوجد دليل وجوده، وهو الظن، ومقدار الطلب قدر الغلوة، وهو أربعمائة ذراع.

قيد بـ«المسافر»؛ لأن طلب الماء في العمرانات شرط عندنا أيضًا، كذا في «المصنفى». وفي «الحقائق»: الطلب أن ينظر يمينه وشماله وأمامه ووراءه غُلُوءًا. **(وَهُوَ)** أي: التيمم للمسافر **(قَبْلَ الطَّلَبِ مِنْ رَفِيقِهِ)** الذي عنده ماءً **(جَائِزٌ)** عند أبي حنيفة، **(حَتَّى جَازَ لِلْجُنْبِ الْمُقِيمِ لِلْبُرْدِ)**. هذه مسألة أخرى فرع للمسألة السابقة، يعني: لما جاز التيمم قبل الطلب عنده: جاز للجنب المقيم أن يتيمم إذا لم يجد ماءً حارًا، فخاف عن الضرر إن استعمل الماء البارد.

(وَقَالَا: بَعْدَ الْمَنْعِ) يعني: إنما يجوز التيمم إذا طلب الماء عن رفيقه فمنعه. فلا يجوز التيمم للجنب المقيم إلا بعد أن يطلب من جميع أهل بلده، فإذا مُنِعَ منه: تيمم.

قيد بـ«الجنب»؛ لأن المحدث إذا خاف عن البرد، ولم يجد ماءً حارًا: لا يجوز له التيمم اتفاقًا. وقيد بـ«المقيم»؛ لأن الجنب المسافر له التيمم اتفاقًا. وقيد بـ«البرد»؛ لأن التيمم بعلّة المرض جائز اتفاقًا، وبدونها غير جائز اتفاقًا. له: أن في الطلب من الرفيق دُلًّا، وفيه بعض الحرج، وما شُرِعَ التيمم إلا لدفع الحرج. **ولهما:** أن الماء مبذولٌ عادةً، فلا بد من الطلب؛ ليتحقق العجز عن الماء، وليس في سؤال ما يحتاج إليه مدلّة، وقد ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم سأل بعض حوائجه عن غيره.¹

(وَلَا يَجِبُ شِرَاءُ الْمَاءِ بِأَكْثَرِ مِنْ ثَمَنِ الْمِثْلِ) إذا كان عنده ثمنه فاضلاً عما يحتاج إليه لاشتماله على ضرر مالي، وذا مسقط للوجوب.

قيد بـ«الأكثر»؛ لأن الماء لو بيع بثمن المثل: لا يجوز له التيمم. **أقول:** كان على المصنف أن يقول: «ولا يجب شراء الماء بالغبن الفاحش»؛ لأن شراء الماء بالغبن اليسير واجب عليه، وهو أكثر من ثمن المثل. هذا هو المفهوم من «المحيط» و«الهداية». وذكر في «النوادر»: أن ثمن ما يكفي للوضوء إن كان درهمًا، فأبى البائع أن يعطيه إلا بدرهم ونصف: فعليه أن يشتريه؛ لأنه غبن يسير. وإن أبى أن يعطيه إلا بدرهمين: لا يجب عليه شراؤه؛ لأنه غبن فاحش، كذا روي عن أبي حنيفة. وتعتبر قيمته في أقرب المواضع التي عرّف فيها الماء؛ بل ما قاله المصنف قول الشافعي لا قول أئمتنا؛ لأن المذكور في «النهاية» منقولاً عن «المبسوط».

قال الشافعي: لا يجب الشراء بأكثر من ثمن المثل قلّ أو كثر، وقاس اليسير بالفاحش. وقلنا: اليسير ليس كالفاحش. ألا يرى أن الأب معفو في الغبن اليسير في مال الصغير دون الفاحش. **(وَيُنْدَبُ تَأْخِيرُهُ لِلرَّجَاءِ إِلَى آخِرِ الْوَقْتِ)** يعني: إذا كان يرجو وجود الماء في آخر الوقت: يستحب له أن يؤخّر التيمم؛ ليقع الصلاة بأكمل الطهارتين.

¹ صحيح مسلم، الأشربة 166؛ سنن الترمذي، الطهارة 13.

قيد بـ«الرجاء»؛ لأنه لو لم يكن له رجاء لا يستحب تأخيره. وإن أُخِّرَ لا يُفْرَطُ في التأخير، حتى يقع في وقتٍ مكروه. وإن تيقن وجود الماء في آخر الوقت، فتيمم في أوله، وصلى: جاز إن كان بينه وبين الماء مقدار ميل، كذا في «شرح القدوري».

(وَيُجِزُّهُ قَبْلَهُ) يعني: التيمم قبل الوقت جائز¹ عندنا، خلافاً² للشافعي. / [13و]

(وَأَدَاءُ مَا شَاءَ بِهِ) هذه مسألة أخرى. يعني: للمتيمم أن يصلي بتيمم واحد ما شاء من الفرائض والنوافل عندنا. وقال الشافعي: لا يصلي به إلا فرضاً واحداً، وما شاء من النوافل تبعاً له، كذا قرره المصنف في «شرحه».

أقول: على هذا كان ينبغي أن يردف قوله ونقول: «إلا فرضاً واحداً والنوافل تبعاً له»؛ لأنه غير معلوم بالاختصار على قولنا؛ لاحتمال أن يجب التيمم عنده لكل صلاة فرضاً كان أو نفلاً، وأن يجوز النفل به بلا تبعية الفرض.

وفي «الخلاصة» في مذهب الشافعي: إذا تيمم للنفل لم يجز له أن يؤدي به الفرض، وإذا تيمم للفرض: جاز له أن يؤدي به النفل عنده.

له: أن التيمم طهارة ضرورية لإباحة الصلاة، لا رافعة للحدث كطهارة المستحاضة، فإذا صلى به فرضاً يرتفع الضرورة، ويتحدد ضرورة أخرى لفرض آخر، فيجوز النوافل به على وجه التبعية.

ولنا: أنه طهارة مطلقة رافعة للحدث، والتراب خَلَفَ عن الماء لرفع الحدث، كما قال صلى الله عليه وسلم: «التراب طهور المسلم»³، وطهارة المستحاضة كانت ضرورية لمقارنتها للحدث، وطهارة التيمم ليست كذلك.

(وَيُعْتَبَرُهُ مِنْ كَافِرٍ لِإِسْلَامِهِ) يعني: إذا تيمم كافر يريد به الإسلام، ثم أسلم. قال أبو يوسف: يصح تيممه؛ لأنه نوى به قرينة⁴ مقصودة. وقالوا: لا يصح؛ لأن المنوي في التيمم ينبغي أن يكون قرينة لا يصح بدون الطهارة، والإسلام يصح بدونها، فلا تعتبر نيته.

قيد بقوله: «لإسلامه»؛ لأن الكافر لو تيمم للصلاة: لا يجوز⁵ بالاتفاق؛ لأنه ليس من أهل الصلاة.

(وَلَوْ ارْتَدَّ بَعْدَهُ) أي: مسلم بعد التيمم، (وَأَسْلَمَ: أَحْزَنَّا صَلَاتَهُ بِهِ) أي: بذلك التيمم، خلافاً لزرر.

قيد بقوله: «بعده»؛ لأنه لو ارتد بعد وضوئه: لا يبطل وضوؤه اتفاقاً.

له: أن الردة تُبْطِلُ العبادات بالنص، والتيمم عبادة، فتبطلها.

فإن قلت: الفعل إنما يصير عبادة بالنية، وهي ليست بشرط عنده في التيمم؟

قلت: الكلام في التيمم الذي فيه النية، أو نقول في رواية أخرى عن زرر: أنه اشترط النية في التيمم، كذا في «العناية».

ولنا: أن التيمم حصل حال الإسلام، فيصح، واعتراض الكفر عليه لا ينافيه، كما لو اعترض على الوضوء؛ لأن الردة تُبْطِلُ ثواب العمل لا زوال الحدث.

(وَيُجِزُّهُ لِحَوْفِ قَوْتِ جَنَازَةٍ وَلِيَّهَا غَيْرُهُ وَعَبْدٍ) يعني: مَنْ حضر جنازة ولم يكن وليها، فخاف أن يفوت صلاحها، أو حضر صلاة عبدي، فخاف أن تفوته إن اشتغل بالوضوء: يجوز له التيمم عندنا، خلافاً للشافعي.

له: أن هذا تيمم مع القدرة على الماء: فلا يجوز.

ولنا: قوله صلى الله عليه وسلم: «إذا فاجأتك جنازة وأنت على غير وضوء، فتيمم وصل عليها»⁶.

وفي قوله: «وليها غيره» إشارة إلى أنه لا يجوز للولي التيمم، وهو رواية عن أبي حنيفة؛ لأنه يُنْتَهَى، فلا فوت في حقه.

¹ قياساً على الوضوء.

² قياساً على طهارة المعذور.

³ سنن الترمذي، الطهارة 92؛ سنن النسائي، الطهارة 203؛ سنن أبي داود، الطهارة 123. بلفظ: «الصعيد الطيب وضوء المسلم».

⁴ وهي الإسلام.

⁵ د + تيمم.

⁶ ابن عدي، الكامل، 182/7. وقال: هذا مرفوع غير محفوظ والحديث موقوف على بن عباس. وانظر: مصنف ابن أبي شيبة، 273/7.

وفي «المحيط»: كذا السلطان لا يتيمم؛ لأنه يُتَنَظَّرُ له، اختار صاحب «الهداية» هذه الرواية. وذكر في «الذخيرة»: يجوز للإمام التيمم للجنائز في ظاهر الرواية؛ لأن الانتظار فيها مكروه. واختار شمس الأئمة هذه الرواية. وفي «النهاية»: لو كان جُنُبًا فتيمم وصلى عليها: يجوز؛ لأن صلاة الجنائز دعاءٌ في الحقيقة؛ لكن إيجاب التيمم لكونها مسماة باسم الصلاة.

(وَحَكَمَ بِإِعَادَتِهِ لِأُخْرَى) أي: لجنائز أخرى (خَافَ فَوْتَهَا). هذه الجملة صفةٌ ثانيةٌ لجنائز مقدرة، أو حالٌ عن ضمير «إعادته»، يعني: قال محمد: إذا صلى على جنازة، وحضرت أخرى، وخاف فوتها يعيد التيمم لهذه. وقالوا: لا يعيد؛ بل يصلي بالتيمم الأول.

وفي «المصنف»: الخلاف فيما إذا لم يتمكن من التوضي بين الصلاتين. أما إذا تمكّن، ثم فات التمكن: يعيد التيمم اتفاقاً. له: أن الضرورة الأولى تمت، وهذه ضرورة أخرى، فيجدد لها التيمم.

ولهما: أن التيمم الأول إنما صح لكونه عاجزاً عن استعمال الماء حكماً، وهذا المعنى باقٍ في الجنائز الأخرى. (وَلَا يَجُوزُ) التيمم (فِي الْوَقْتِيَّةِ) أي: في خوف فوت صلاة الوقت، (وَالْجُمُعَةِ) أي: وفي خوف فوت صلاة الجمعة؛ لأن للوقتية خُلُقًا، وهو القضاء. وكذا الظهر أصلٌ في الجمعة، وهو مما يُفْضَى، فلم يتحقق فَوْتُهَا مطلقاً. (وَالْبِنَاءُ فِيهِ) أي: في العيد (بِالتَّيْمُمِ: جَائِزٌ) يعني: المتوضؤ لصلاة العيد إمامًا كان أو مقتديًا إن أحدث فيها، وخاف عن فوتها إن توضأ: يجوز أن يتيمم ويبنى على صلاته عند أبي حنيفة. وقالوا: لا يجوز.

قيد بـ«البناء»؛ لأنه لو خاف عن فوتها إن توضأ قبل الشروع: إما لزوال الشمس، أو لعدم إدراكه الإمام: يتيمم، ويشرع اتفاقاً. وقيد بـ«العيد»؛ إذ في غيره: لا يجوز اتفاقاً.

لهما: أنه إن توضأ، فغابته أن يكون لاحقًا، واللاحق يصلي بعد فراغ الإمام، فلا يخاف عن فوتها في البناء، كما يخاف في الشروع.

وله: أن الخوف باقٍ؛ لأنه يوم ازدحام، ربما يعتريه عارض، فيفسدها.

وفي «المحيط»: الخلاف فيما إذا لم يخف زوال الشمس إن اشتغل بالوضوء، وإن خاف: يتيمم، ويبنى اتفاقاً، [13ظ] وفيما إذا لم يَدْرُجْ إدراك الإمام، وإن كان يرجو: لا يتيمم اتفاقاً.

فإن قلت: الخلاف في بناء المتوضئ، ولهذا قيد بالمتوضئ في «المنظومة»، وذكر صاحب «الهداية»: أنه لو شرع بالتيمم يتيمم، وبنى بالاتفاق؛ لأن الوضوء لو وجب عليه كان واجدًا للماء في صلاته فيفسد، وكان ينبغي للمصنف أن يقول: «وبناء المتوضئ فيه بالتيمم جائز»؟

قلت: أطلق البناء بناءً على ما قاله بعض المتأخرين: إذا شرع صلاة العيد بالتيمم فأحدث، فهو على خلاف أيضًا، وليس هذا كواجب الماء في صلاته؛ لأنه صار محدثًا بالحدث السابق لبطلان الخلف بالقدرة على الأصل. وفي المسألة المذكورة: لم ينتقض التيمم بقدرة الأصل؛ بل بالحدث الطارئ، كذا في «الكفاية».

(وَنَكْتَفِي لَوَاجِدِ مَاءٍ غَيْرِ كَافٍ) لرفع الحدث (بِالتَّيْمُمِ) متعلق بقوله: «نكتفي»، يعني: إذا وجد المحدث ماءً لا يكفي لطهارته: يجوز له التيمم عندنا. وقال الشافعي: يَغْسِلُ به ما تيسر من أعضائه، ثم يتيمم. له: أنه ماء مقدور الاستعمال، فيجب استعماله بقدر ما أمكن.

ولنا: أن ذلك الماء في حكم المعدم؛ لأنه لا يكفي لرفع الحدث، وفي استعماله جمعٌ بين الأصل والخلف، وذا غير جائز. (وَتُعْتَبَرُ الْأَغْلَبُ مِنَ الْجَرِيحِ وَالصَّحِيحِ: فَيَتَيَمَّمُ أَوْ يَغْسِلُ) يعني: من كان أكثر ما يجب غسله جريحًا يتيمم فقط جنبًا كان

أو مُحدثًا. وإن كان أكثره صحيحًا يغسل الصحيح فقط، ويمسح الجبائر المشدودة عندنا. الجار والمجرور حالٌ من «الأغلب».

(وَلَا تُوزَعُ) بالنون نفي لقول الشافعي. ويجوز أن يكون بالياء عطفاً على قوله: «فيتيمم»، يعني: عنده يغسل الأعضاء الصحيحة، ويتيمم للجريحة. ثم الكثرة معتبرة في نفس العضو إن كان الأكثر من كل عضو مجروحاً يتيمم، وإن كان صحيحاً يَغْتَسِلُ. وقيل: معتبرة في عدد الأعضاء، حتى لو كان على رأسه ووجهه ويديه جراحة دون رجله: يتيمم، وفي عكسه: لا. له: أن سقوط الغسل كان لضرورة الضرر في الجريح، ولا ضرورة في الموضع الصحيح، فيجب غسله. ولنا: أن الأكثر حكم الكل، ولا وجه للجمع بين الأصل والخلف.

قيد بـ«الأغلب»؛ لأنهما إن استويا؟ قيل: يتيمم، وقيل: يغسل الصحيح، ويمسح على الباقي، وهو الصحيح؛ لأنه أحوط. (وَأِنْ بَقِيَ لُمْعَةٌ) يعني: إذا اغتسل الجنب، وبقي على جسده موضع لم يصبه الماء لعدم وفائه به، (فَتَيَمَّمُ لِلْجَنَابَةِ)؛ لأنها ما¹ ارتفعت، (ثُمَّ أَخَذَتْ فَتَيَمَّمُ لَهُ) أي: لأجل الحدث، (ثُمَّ وَجَدَ مَاءً غَيْرَ كَافٍ لِهَمَّا) أي: لللمعة مع الوضوء (يُوجِبُ صَرْفَهُ) أي: أبو يوسف صرف ذلك الماء (إِلَى اللَّمْعَةِ، وَيُبْقِي تَيَمُّمَهُ لِلْحَدَثِ) يعني: يقول أبو يوسف: تيممه للحدث باقٍ لم ينتقض برؤية هذا الماء.

(وَأَبْطَلَهُمَا) يعني: قال محمد: انتقض تيممه للحدث، وتيممه للجنازة جميعاً. لا يقال: تيمم الجنازة انتقض بالحدث؛ لأنه إنما ينتقض في حق جواز الصلاة، لا في حق ارتفاع الجنازة؛ لأنه باقٍ إلى وقت القدرة على الماء، (فَيَصْرِفُهُ إِلَيْهَا) أي: يصرف الرجل ذلك الماء إلى اللمعة عند محمد، كما قاله أبو يوسف؛ لأن الجنازة أغلظ الحدثين، فإزالتها أهم، (وَيَتَيَمَّمُ لَهُ) أي: للحدث. قيد بقوله: «غير كاف»؛ لأنه لو كفي لهما جميعاً يبطل التيممان اتفاقاً. وإن لم يكف واحداً منهما لا يبطلان اتفاقاً. وإن كان كافياً لواحد منهما على التعيين دون الآخر يصرفه إلى ما يكفي له اتفاقاً. فمحل الخلاف: أن يكفي الماء لواحد منهما أيهما كان، فعلى هذا في قوله: «غير كاف لهما» نظر؛ لأنه متناول لما إذا كان الماء يكفي لأحدهما عيناً دون الآخر، وذا ليس محل الخلاف كما سمعت. ولو قال: «ثم وجد ماء يكفي لأحدهما»، لكان أولى.

اعلم: أن موضع الخلاف في الحقيقة، هو بقاء تيمم الحدث مع وجود الماء. قال أبو يوسف: يبقى؛ لأن الماء لما استحق صرفه إلى اللمعة صار كالمصروف فيها، كما أن المستحق للشرب كالمعدوم في حق الوضوء. وقال محمد: لا يبقى؛ لأنه قدّر على الماء في حق كل واحدٍ منهما، فصار كجماعة المتيممين وجدوا ماءً يكفي لواحد منهم يبطل تيمم الكل.

قال المصنف في «شرحه»: إنما قال: يوجب صرفه إلى اللمعة بالياء وإن كان الصرف إليها واجباً بالإجماع؛ لأن المراد هو المجموع المركب من الصرف إليها مع الحكم ببقاء تيمم الحدث مع وجود الماء، ويدل عليه قوله: «وأبطلهما فيصرفه إليها».

أقول: لا فائدة في هذا التطويل، لو قال: «يجب صرفه إليها»، وطرح قوله: «فيصرفه إليها»، لكان أوجز. (وَلَوْ لَمْ يَتَيَمَّمْ لِلْحَدَثِ يُجِيزُ تَقْدِيمَهُ عَلَى الصَّرْفِ إِلَيْهَا، وَمَنْعَهُ). هذه فرع للمسألة السابقة، يعني: في الصورة المذكورة: يجوز أن يتيمم للحدث قبل أن يصرف الماء إلى اللمعة عند أبي يوسف. وعند محمد: لا يجوز حتى يصرف الماء أولاً إلى اللمعة دليل كل واحد منهما / [14و] مذكور فيما سبق.

(فصل) في المسح على الخفين

(يُמָسַחُ الْخُفَّ لِحَدَثٍ أَصْغَرَ) قيد به احترازاً عن الحدث الأكبر. صورته: توضع لبس جوربين مجلدين، ثم أجنب ليس له أن يشدَّهُمَا، وَيَغْتَسِلُ سَائِرَ جَسَدِهِ مَضْطَجِعًا، ويمسح عليه، كذا في «الكفاية». وقيل: صورته: مسافر لبس خفيه على وضوء، فأجنب فتيمم للجنازة، ثم أحدث، فتوضأ: لا يجوز له المسح. (بَعْدَ اللَّبْسِ عَلَى طَهَارَةٍ كَامِلَةٍ).

¹ وفي هامش ح: نفي.

(وَتَشْتَرِطُ إِكْمَالَهَا قَبْلَ الْوُضوءِ شَرْطًا عِنْدَ الْوُضوءِ عِنْدَ الشَّافِعِيِّ،
 حتى مَنْ تَوَضَّأَ وَلَبَسَ أَحَدَ خَفَيْهِ حِينَ غَسَلَ إِحْدَى رِجْلَيْهِ، ثُمَّ لَبَسَ الْآخَرَ: لَا يَجُوزُ الْمَسْحُ عِنْدَهُ، وَيَجُوزُ عِنْدَنَا.
 له: أن المسح ثبت مخالفاً للقياس، فيزاعى جميع ما ورد به النص، وهو اللبس على طهارة كاملة.
 ولنا: أن الخف مانع حلول الحدث بالقدم، فيزاعى كمال الطهارة وقت المنع.
 (وَأَجَازُوهُ لِلْمُقِيمِ) قال مالك: لا يجوز المسح للمقيم؛ لأنه رخصة لدفع الضرر، وأنه في السفر أظهر، فيختص بالمسافر
 كالإفطار والقصر.

اعلم: أن المسح رخصة، وهي ما تغير من عُسْرٍ إلى يُسْرٍ بواسطة عذرٍ في المكلف، يَشْتَقُّ بِهِ الْغَسْلُ مَا دَامَ الْخَفُ فِي رِجْلِهِ،
 فإذا نزع وعَسَلَ رِجْلَهُ أَخَذًا بِالْعَزِيمَةِ يُثَابُّ عَلَيْهِ.

(وَلَمْ يُطْلَقُوا مُدَّتَهُ) يعني: مدة المسح مقيدة بزمان معين عندنا، وعنده: غير مقيدة.

له: قوله صلى الله عليه وسلم لعمار: «إذا كنت في سفر فامسح ما بدا لك»¹.

(فَقَدَرُوهَا لِلْمُقِيمِ يَوْمًا وَلَيْلَةً، وَلِلْمُسَافِرِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ بِلَيَالِيهَا) لقوله صلى الله عليه وسلم: «يمسح المقيم يومًا وليلة، والمسافر
 ثلاثة أيام بلياليها»² (من حين الحدث) يعني: يعتبر ابتداء مدة المسح من وقت الحدث بعد اللبس؛ لأن الخف إنما يعمل عمله عند
 الحدث، وهو المنع عن حلوله بالقدم، فيعتبر مدته منه، وهذا مذهب العامة. وفيه احتراز عما قيل: يعتبر المدة من وقت اللبس؛ لأن
 جواز المسح بسببه.

(وَيُتَمَسَّحُ) المتوضؤ (أَعْلَى الْخَفِ) أي: ظاهره (خُطُوطًا) نصبٌ على الحال، أي: مخطوطًا (بِالْأَصَابِعِ) لما روي عن علي
 رضي الله عنه أنه قال: «رأيت النبي صلى الله عليه وسلم يمسح على ظاهر خفيه خطوطًا بالأصابع»³. وفيه إشارة إلى أنه يُفَرِّجُ أَصَابِعَهُ
 وَقْتَ الْمَسْحِ. (إِلَى السَّاقِ) وفيه دلالة على استحباب البداية من أصابع الرجل كالغسل.

(وَلَمْ يَسْتَوُوا مَسْحَ أَسْفَلِهِ). قال مالك والشافعي: يَمَسَّحُ أَسْفَلَ الْخَفِ أَيْضًا بَأَن يَضَعُ يَمِينَهُ عَلَى ظَاهِرِ الْخَفِ، فَيَجْرُؤُهُ إِلَى
 السَّاقِ، وَيَضَعُ يَسَارَهُ عَلَى مُؤَخَّرِ أَسْفَلِهِ، فَيَجْرُؤُهُ إِلَى الْأَصَابِعِ، لما روي أنه صلى الله عليه وسلم: «مسح أعلى الخف وأسفله»⁴.
 ولنا: ما تقدم من حديث علي رضي الله عنه.

(وَيُقَدَّرُ) على بناء المجهول (الْفَرْضُ) أي: ما هو المفروض من المسح (بِقَدْرِ ثَلَاثِ أَصَابِعٍ مِنَ الْيَدِ) في كل رجل، حتى لو
 مسح على إحدى رجليه مقدار إصبعين، وعلى الأخرى مقدار أربع: لا يجزئه. إنما اعتبرت من اليد؛ لأنها آلة المسح، وأكثر أصابعها
 تقوم مقام كلها. وفيه احتراز عما قال الكرخي: المعتبر أصابع الرجل، كما في الخرق.

(وَمَنْعَنَا الْمُعْذُورَ) أي: الذي لبس خفيه على العذر من سيلان الدم ونحوه، سيحيى تعريف المعذور في فصل الحيض (منه)
 أي: من المسح (خَارِجِ الْوَقْتِ إِلَى تَمَامِهَا) أي: تمام مدة المسح. وقال زفر: يمسح خارج الوقت إلى تمام مدة المسح.

له: أن طهارة المعذور طهارة كاملة في حقه، حتى جازت صلاته، وكان لبيسه على طهارة كاملة، فيمسح كالصحيح.

ولنا: أن طهارته ضرورية؛ لأنها حاصلة مع ما ينافيها، وإنما اعتبرت طهارة في الوقت لضرورة أداء الصلاة، فإذا خرج الوقت
 تكون طهارته منتقضة من أول الوقت، فصار لا يسأ خفيه على غير طهارة.

اعلم: أن هذا الخلاف فيما إذا كان دم المعذور سائلًا حال الوضوء دون اللبس، أو بالعكس، أو في الحالين معًا. وأما إذا
 كان منقطعًا فيهما يمسح إلى تمام المدة اتفاقًا.

¹ الطحاوي، شرح معاني الآثار، 79/1؛ السرخسي، المبسوط، 99/1.

² صحيح مسلم، الطهارة 85؛ سنن الترمذي، الطهارة 71؛ سنن النسائي، الطهارة 99؛ سنن ابن ماجه، الطهارة 86.

³ سنن أبي داود، الطهارة 63؛ سنن الدارقطني، 378/1، بغير لفظ خطوطًا بالأصابع.

⁴ سنن الترمذي، الطهارة 72؛ سنن ابن ماجه، الطهارة 85.

(وَالْجُورِبُ لَا يُمَسَّحُ عَلَيْهِ) عند أبي حنيفة (إِلَّا مُجَلِّدًا) يقال: «جورب مجلّد»: إذا وضع الجلد على أعلاه وأسفله، و«جورب منعل»: إذا وضع الجلد على أسفله كالنعل.

(وَأَجَارَاهُ عَلَى التَّخِينِ) الغير المجلّد (الْمُسْتَمْسِكِ عَلَى السَّاقِ) من غير ربط. هذا الوصف بيان لمعنى التخين. قيد به؛ لأن الجورب لو كان رقيقًا: لا يجوز المسح عليه اتفاقًا.

لهما: ما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم: «مسح على جوربيه»¹.

وله: أن المسح ورد في الخف على خلاف القياس، والجورب ليس في معناه؛ لأنه لا يمكن مواظبة المشي فيه إلا إذا كان مجلّدًا، فيكون كالخف، وما روياه محمول عليه.

(وَالْأَصْحُحُ رُجُوعُهُ) وهو ما حكى في «المبسوط»: أن أبا حنيفة في مرضه مسح على جوربيه، ثم قال لِعُوَادِهِ: فعلت ما كنت ممنوع الناس منه، فاستدلوا به على رجوعه، وعليه الفتوى.

قال المصنف في «شرحه»: اكتفى بذكر المجلّد مع أن المنعل كذا؛ لأن الإجزاء فيه يدل على الإجزاء في المنعل لاشتراكهما² في إمكان المشي [14ظ].

أقول: دِكْرُ المنَعْلِ مكانَ المجلّد، والاكْتِفَاءُ به كان أولى؛ لأن المنعل أَدْوَنُ من المجلّد، فإذا عُرِفَ جَوَازُ المسح في الأَدْوَنِ يُعْرَفُ جَوَازُهُ فيما فوقه، ولا يكون كذا في العكس.

(وَلَا يُمَسَّحُ عَلَى الْعِمَامَةِ، وَالْقَلَنْسُوتِ، وَالْبُرْقِعِ) بضم القاف وفتحها: أي: الخمار (وَالْقَفَّازَيْنِ) وهو بضم القاف وتشديد الفاء: ما يعمل للبدن، ويخشي بطنه بلبس من البرد. وإنما لم يجز في هذه الأشياء؛ لأن المسح لدفع الحرج، ولا حرج في نزع هذه الأشياء.

(وَتَجْبِزُهُ عَلَى الْمُوقِنِ) الموق: هو الجر موق الذي يلبس على الخف، ويكون من أديم؛ إذ لو كان من الكرياس: لا يجوز المسح عليه، إلا أن يكون رقيقًا يصل البلبل إلى ما تحته من «الحقائق». يعني: إذا لبس الخفين على طهارة، ولم يكن مسح عليهما مع كونهما صالحين لذلك، فلبس الموقين عليهما يجوز المسح على الموقين عندنا؛ بل يجب إذا لم ينزعهما؛ لأنه لو أدخل يده في الجر موقين، ومسح على الخفين: لا يجوز. وقال الشافعي: لا يجوز المسح على الموقين.

إنما قَيَّدْنَا بالقيود المذكورة؛ لأنه لو كان مسح على الخفين، أو أحدث بعد لبسهما، ثم لبس الجر موقين: لا يجوز المسح عليهما بالاتفاق؛ لأن الموق حينئذ لا يكون تبعًا للخف. وإن لم يكن خفاه صالحين للمسح لخرقهما يجوز على الموقين اتفاقًا، كذا في «الكافي».

نقل من «فتاوى الشاذلي»: أن ما يلبس من الكرياس المجرد تحت الخف يَمْنَعُ المسح على الخف لكونه فاصلًا، وقطعة كرياس تُلْفُ على الرِّجْلِ لا تمنع؛ لأنها غير مقصودة³ باللبس؛ لكن يفهم مما ذكر في «الكافي»: أنه يجوز المسح؛ لأن الخف الغير الصالح للمسح إذا لم يكن فاصلًا، فأن لا يكون الكرياس فاصلًا أولى.

له: أن الجر موق بدل عن الخف، والخف بدل عن الرجل، ولو جُوِّزَ المسح على الجر موق يكون للبدل بدل، والأصل عدمه.

ولنا: ما روي: أن النبي صلى الله عليه وسلم «مسح على الجر موق»⁴، فيجوز المسح عليه، كما جاز على خف ذي طاقين.

وفي «الخلاصة»: المسح على الخفاف المتخذة من اللبود: يجوز، ومن الكرياس: لا يجوز. والخف على الخف كالجر موق.

¹ مسند عبد بن حميد، 152/1؛ المعجم الأوسط، 112/3؛ الطحاوي، شرح معاني الآثار، 97/1.

² وفي هامش ح: أي: اشتراك الجورب المجلد والمنعل.

³ د: لأنها غير مقصودة.

⁴ الطبراني، مسند الشاميين، 127/1.

(وَأَعْدَنَاهُ مُطْلَقًا لِنَزْعِ أَحَدِهِمَا) يعني: من لبس الموقين على الخفين، ومسح عليهما، ثم نزع أحد الموقين: يعيد المسح على الموق الباقي عندنا في ظاهر الرواية. وفي رواية أخرى: ينزع الموق الباقي، ويمسح على الخفين. وهذا معنى قيد الإطلاق، كذا ذكره المصنف في «شرحه». يعني: يعاد المسح على الخف، والموق الباقي في ظاهر الرواية، وعلى الخفين في الرواية الأخرى، فيكون الإعادة ثابتة عندنا مطلقًا. وقال زفر: يعاد المسح على الخف لا على الموق الباقي.

قيد بـ«نزع أحدهما»؛ لأن الموقين لو نُزِعَا: يُعاد المسح على الخفين اتفاقًا.

أقول: محل الخلاف المسح على الموق؛ لأن الخف المنكشف ممسوح اتفاقًا. فلو طرح قيد الإطلاق، وقال: «وأعدناه على الموق لنزع أحدهما»، لكان أحسن؛ لكون معنى الإعادة مستقيمًا في الموق، وأتَّيَنَ لكون محل الخلاف معلومًا.

له: أنه لو مسح على أحد الجرموقين في الابتداء، وعلى أحد الخفين: جاز، ففي حالة البقاء أولى.

ولنا: أن الجرموقين كالخفين، ولو نزع أحد الخفين بطل مسحه على الآخر، فكذا هذا.

(وَتُجِزُّهُ مَعَ يَسِيرِ الْخَرْقِ) أي: خرق الخف. وقال الشافعي: لا يجوز؛ لأن البادي¹ من القدم لَمَّا وجب غَسَلُهُ لحلول

الحدث به يجب غَسَلُ الباقي لامتناع جمع المسح مع الغسل.

ولنا: أن الخفاف لا يخلو عن خرق يسير عادةً، فلو اعتبر ذلك، لأدَّى إلى الحرج.

(وَمَنْعُوهُ مَعَ ظُهُورِ قَدَرِ ثَلَاثِ أَصَابِعِ أَصْغَرِهَا) بالجر بدل عن أصابع، يعني: إذا وقع الخرق في الخف غيرَ مقابل للأصابع،

فإنما يمنع عن المسح عند الثلاثة إذا كان بحيث يظهر منه قدرُ ثلاثِ أصابعٍ صغارٍ بكمالها.

وإنما جعلوا الفاصل بين اليسير والكبير قدرَ ثلاثِ أصابعٍ؛ لأن الأصابع أصل في القدم، حتى يجب بقطعها الدية بلا رجل،

والثلاث أكثرها، ولأكثر حكم الكل.

وأما إذا وقع الخرق في مقابلة الأصابع، فالمعتبر فيه ظهور ثلاثِ أصابعٍ مما وقعت في مقابلة الخرق لا ظهور مقدار ثلاثِ

أصابع² صغارٍ؛ لأن كل إصبع أصل في موضعها، فلا يقدر بغيرها، كذا في «الفتاوى الظهيرية». هذا إذا كان الخرق في غير موضع

العقب. وإن كان في موضعه لا يمنع ما لم يظهر أكثر العقب.

والخرق فوق الكعب: لا يمنع؛ إذ لا عبرة للئبسه، كذا في «الخانبة».

وذكر في «المحيط»: الخرق الكبير إذا كان ما تحته مرئيًا: يمنع. وإن لم يكن بأن كان الخف صلبًا: لا يمنع. وإن كان يبدو

حال المشي لا حال وضع القدم: يمنع؛ لأن الخف للمشي.

(لَا أَكْثَرَ الْقَدَمِ) هذا بيان أن المانع عند مالك ظهور أكثر القدم.

له: أن المقصود من لبس الخف، هو المشي معه، والخرقُ الكبير لا يمنعه، فيجوز المسح عليه، بخلاف ظهور أكثر القدم.

ولنا: أن الحدث لا يتجزأ، فإذا ظهر بعضُ القدم حل به الحدث، ويحلُّ بباقيه. وأما القليل: فإنما لم يمنعه؛ لأن الخفاف لا

تخلو عنه غالبًا، فيفضي نزعها إلى الحرج.

(وَتُجْمَعُ الْخُرُوقُ مِنْ وَاحِدٍ) أي: من خف / [15و] واحد، بحيث لو كانت مقدارَ ثلاثِ أصابع: لا يجوز المسح (فَقَطُّ)

أي: لا يجمع من خفين؛ لأن الخرق في أحدهما لا يمنع قطع السفر بالخف الآخر، فاعتبر كل خف على حدة. ثم الخرق الذي

يجمع ما يدخل فيه المسئلة وما دونه لا يعتبر إلحاقًا له بمواضع الخرز.

(وَيَنْقُضُهُ) أي: المسح:

[1.] [نَاقِضُ الْوُضُوءِ]؛ لأنه بدل عن الغسل.

¹ وفي هامش ح: أي: ظاهر.

² ح - أصابع.

[2]. [وَكَذَا إِخْرَاجِ الْعُقْبِ) بكسر القاف، وهو مؤخَّر القدم: ينقضه عند أبي حنيفة؛ لأن ما فوق الكعب من الخف لا اعتبار له، فإذا خرج العقْب أو أكثره عن موضعه يكون في حكم الظاهر، فيسري الحدث إليه.

ذكر في «الكفاية»: إذا كان صدر القدم في موضعه، والعقب يخرج، ويدخل لسعة الخف لا ينقض مسحه.

وفي «المصنفى»: هذا يشير إلى أن المسئلة فيما إذا أراد نزع الخف قصداً، فنزع بعض القدم، ثم بدا له فترك.

(وَيُعْتَبَرُ خُرُوجُ الْأَغْلَبِ) يعني: اعتبر أبو يوسف في كون خروج القدم ناقصاً؛ لأنه أكثر القدم؛ لأن للأكثر حكم الكل.

(وَأَجَازُهُ لِبَقَاءِ الْمُمَكِّنِ) يعني: قال محمد: إذا بقي في محل المسح مقدار ثلاث أصابع من أصابع الرجل، وهو المراد من الممكن: لم ينتقض المسح؛ لأن المعتبر هو محل الفرض، وعليه أكثر المشايخ.

(وَيَغْسِلُ قَدَمَيْهِ فَقَطْ لِمُضِيِّ الْمُدَّةِ) يعني: إذا مضى مدة المسح: ينتقض مسحه، فيغسل قدميه لسراية الحدث السابق إليهما، ولا يعيد الوضوء؛ لأنه ليس بحدث مبتدأ، حتى يجب غسل باقي الأعضاء.

(وَيُجِزُّ¹ لِسَفَرِهِ الطَّارِئِ إِنْ تَمَّ مُدَّتِهِ) يعني: المقيم إذا سافر بعد ما أحدث قبل استكمال مدة المقيم: تتحول مدته إلى مدة السفر عندنا. وعند الشافعي: لا يتحول.

وإنما قيدنا بهذين القيدين؛ لأنه إن سافر على الطهارة التي لبس خفيه: يتحول مدته إلى مدة السفر بالسفر اتفاقاً. وإن سافر بعد ما أحدث واستكمل مدة المقيم: لا يتحول اتفاقاً.

له: أن المسح عبادة، فإذا شرع فيها على حكم الإقامة: لا يتغير بالسفر كمقيم شرع في الصوم، ثم سافر، فإنه يتم صومه.

ولنا: قوله صلى الله عليه وسلم: «يُسمح للمسافر ثلاثة أيام ولياليها»،² وهو في الصورة المذكورة مسافر، فيتم مدته.

(وَيُجُوزُ بِالْعَكْسِ) يعني: إذا كان مسافراً، ثم أقام أتم مدة الإقامة؛ لأن رخصة السفر لا يبقى بدونه.

(وَمَسْحُ الْجَبِيَّةِ) وهي العود التي يُجَبَّرُ بها العظم المكسور (وَأِنْ شُدَّتْ عَلَى غَيْرِ وُضُوءٍ). إنما لم يشترط فيها الطهارة، كما شرطت في الخف؛ لأن الجبيرة يُرْبَطُ حال الضرورة، فاشتراط الطهارة فيها مُفْضٍ إلى الحرج (مُسْتَحَبٌّ) عند أبي حنيفة؛ لأن غسل ما تحت الجبيرة ليس بفرض، فكذا المسح عليها.

(وَقَالَ: وَاجِبٌ)؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم أمر علياً أن يمسح على جبيرته، حين انكسر إحدى زُنْدَيْهِ يوم أُحُدٍ،³ والأمر للوجوب.

قيل: يمسح ثلاث مرات. والأصح أنه يكتفي بواحدة. هذا إذا لم يضره المسح. ولو ضره لا يمسح اتفاقاً.

وفي «المنظومة»: إشارة إليه، والمراد منه: الضرر المعتبر؛ لأن العمل لا يخلو عن أدنى ضرر، وذلك لا يبيح الترك عندهما.

(وَقِيلَ: الْوُجُوبُ وَفَاقٌ) يعني: مسح الجبيرة واجب عنده كما قالوا، وهو الصحيح. وبقي الخلاف في خرقة الجراحة. إنما وجب مسحها عندهما؛ لأنها بمنزلة الخف على الرجل، فلا يسقط بلا عذر.

وفي «المحيط»: إنما يجوز المسح على خرقة القرحة إذا كان مضرراً على القرحة، وإن كان غير مضر: لا يجوز المسح على خرقتها.

(وَيَبْطُلُ بِالسُّقُوطِ) أي: المسح بسقوط الجبيرة (لِبُرْيِ) أي: لبرء الجراحة، حتى لو كان في الصلاة استقبال؛ لأنه قدر على الأصل، فبطل البدل.

قيد به؛ لأنها لو سقطت، لا عن برء لا يبطل لقيام العذر. وفيه إشارة إلى أن هذا المسح غير موقت.

¹ ح: نجيزه.

² صحيح مسلم، الطهارة 85؛ الطحاوي، شرح معاني الآثار، 83/1.

³ مسند الربيع بن حبيب، 62/1؛ معرفة السنن للبيهقي، 41/2.

(وَيَمْسَحُ الْمُفْتَصِدُ، وَالْجَرِيحُ عَلَى جَمِيعِ الْعَصَابَةِ) وإن زادت على الجراحة؛ لأنها لا يعصب على وجه يَنْخَصِرُ على موضع الجراحة؛ بل يدخل ما حولها تحت العصابة. ولو بَدَّلَهَا بِأُخْرَى، ولم يُعَدَّ عليها المسح أجزاءه، فصار كما لو مسح رأسه ثم حلق. ولو مسح على جبيرة إحدى رجليه، ولبس الخف على الأخرى على طهارة: ليس له أن يمسح عليه؛ لأن المسح على الجبيرة كالغسل لما تحتها، فصار جامعًا بين الغسل والمسح، وذا لا يجوز، كذا في «الخانبة».

(إِنْ ضَرَّهُ حُلُّهَا) وإن لم يضره الحل يمسح على الخرقه التي على الجراحة، وَيَغْسِلُ حَوَالِيهَا.

(فصل) في الحيض والاستحاضة والنفاس وأحكامها

الحيض في اللغة: خروج الدم.

وفي الشرع: دم ينفسه رحم المرأة السليمة عن الداء، وسن الإياس، وهو ستون سنة عند الأكثر، وعن الولادة والصغير. عُيِّنَ من القيد الأول: أن ما لا يكون من الرحم ليس بحيض.

وعن الثاني:¹ أن ما ينفسه الرحم لمرض ليس بحيض.

وعن الثالث:² أن ما رأته بعده لا يكون حيضًا في ظاهر المذهب. والمختار أن ما رأته إن كان دمًا قويًا كان حيضًا.

وعن الرابع:³ أن ما رأته النفساء ليس بحيض.

وأراد من الخامس:⁴ أن لا تبلغ تسع سنين؛ لأنها لو رأته بعدها يكون حيضًا.

(تَقْضِي الْحَائِضُ الصَّوْمَ) إذا طَهَّرَتْ (لَا الصَّلَاةَ) لما قالت عائشة رضي الله عنها: «كنا على عهد / [15ظ] رسول الله

صلى الله عليه وسلم نقضي صيام أيام الحيض، ولا نقضي الصلاة».⁵

(وَأَمَّ نُوَجِبَ قَضَاءَهَا) أي: قضاء الصلاة حال كونها (مُمْكِنَةً) بكسر الكاف (فِي أَوَّلِ الْوَقْتِ لِطُرُوقِهِ) أي: لعروض الحيض،

يعني: إذا حاضت بعد ما مضى من الوقت قدر ما يسع فيه فرضه: لم يجب قضاؤها عندنا، خلافًا للشافعي.

له: أن الخطاب متوجّه في أوّل الوقت، ولهذا لو أدت في أوّله يقع فرضًا، وإذا ثبت الوجوب لم يبطل باعتراض الحيض، كما

لو اعترض بعد الوقت.

ولنا: أن جميع الوقت صالح للأداء، ولهذا لو صلّت في آخره لا تكون قاضية، فإذا فات الأداء في أوّل الوقت توجّه الخطاب

إلى الجزء الثاني والثالث إلى آخر الوقت، فإذا اعترض الحيض في وقت الوجوب: لم تجب، كما لو استوعب الوقت.

(وَتَعَكَّسَ) الحكم السابق (لَوْ بَقِيَ مِنْهُ بَعْدَ الْأَهْلِيَّةِ) أي: من الوقت بعد أهلية الحائض للصلاة (فَقَدْرُ التَّحْرِيمَةِ) يعني: لو

طَهَّرَتْ الْحَائِضُ، وقد بقي من الوقت مقدار التحريم: يجب قضاء تلك الصلاة عندنا، خلافًا للشافعي. هذا إنما يصح أن لو حصلت

الأهلية بالانقطاع على العشرة. فأما لو حصّلت على أقلّ منها لا يجب عليها قضاء الصلاة، إلا إذا بقي من وقتها بعد الأهلية ما يسع

الغسل والتحريم.

له: أنها غير قادرة على الأداء، فتسقط الصلاة، وإلا يكون تكليفيًا بما لا يطاق.

ولنا: أن القدرة شرط لحقيقة الأداء، وههنا وجبت؛ ليظهر أثر الوجوب في القضاء، وتَوْهَمُ الْقُدْرَةِ بامتداد الوقت كافٍ في

وجوب الأداء، وبالعجز الحالي انتقل إلى القضاء، كمن حلف بأن يمس السماء انعقد يمينه لإمكانه، وحنث لعجزه الحالي.

¹ وفي هامش ح: داء.

² وفي هامش ح: إياس.

³ وفي هامش ح: ولادة.

⁴ وفي هامش ح: صغر.

⁵ صحيح البخاري، الحيض 20؛ صحيح مسلم، الحيض 69.

(وَلَوْ طَهَّرْتُ، وَقَدْ بَقِيَ مِنْ وَقْتِ الْعَصْرِ أَوْ الْعِشَاءِ قَدْرُ صَلَاةٍ وَرَكَعَةٍ نُزِمَ بِهَمَا) أي: الطاهرة بأداء العصر والعشاء فقط (لا بِالظُّهْرِ وَالْمَغْرِبِ مَعَهُمَا) يعني: عند الشافعي: يلزمها قضاء الظهر مع العصر، وقضاء المغرب مع العشاء. قيد بقوله: «وركعة»؛ لأنه لو لم يكن مع قدر صلاة العصر أو العشاء قدر ركعة لا يلزمها الظهر والمغرب معهما في أحد قولي الشافعي.

له: أن الإجماع على جواز الجمع بعرفة والمزدلفة يدل على اتحاد وقت الظهر والعصر، ووقت المغرب والعشاء، إلا أنه فرق بينهما في حق الأداء بلا عذر للدلائل الدالة على امتيازهما. ولنا: أن الأحاديث الدالة على أن الأوقات خمس لا ثلاث، وعلى بيان أول كل وقت منها وآخره. وأما الجمع بعرفة والمزدلفة، فتأبى بالنص على خلاف القياس لحاجة مخصوصة للحجاج، فلا يتعدى عن مورده. (أَوْ حَاصَتْ وَقَدْ بَقِيَ) من الوقت (أَقْلُ مِنْ قَدْرِ آدَاءِ الْوَقْتِ) أي: صلاة ذلك الوقت (نَفَيْتَا الْوُجُوبَ) أي: وجوب قضاء تلك الصلاة. وقال زفر: يجب قضاؤها.

قيد بـ«الأقل»؛ لأنه إذا كان الباقي قدر ما يسع فيه صلاة الوقت أو أكثر: لا يجب قضاؤها اتفاقاً. وهذا الخلاف مبني على أن السببية في الوقت تنتقل عندنا من جزء إلى جزء إلى آخر الوقت. وعند زفر: يستقر في الجزء الذي إن شرع فيه الصلاة يسع أدائها إلى آخر الوقت، فالمعتبر عنده ذلك الجزء، فإن وُجِدَتْ طاهرةً فيه: تجب عليها الصلاة، وبعبارة أخرى: لا يسقط ذلك الوجوب، إلا أنه يُشَكَّلُ عليه ما إذا أقيم المسافر في آخر جزء الوقت، فإن عليه أربع ركعات اتفاقاً، من «المصفي». وعندنا: المعتمر الجزء الأخير من الوقت، فإن وُجِدَتْ فيه طاهرةً: وجب القضاء، وإلا فلا.

(وَمَنْعُوهَا) أي: الحائض من (التَّلَاوَةِ). وقال مالك: يجوز لها القراءة؛ لأنها محتاجة إليها، وغير قادرة على رفع الحيض عن نفسها، بخلاف الجنابة لاقتدارها على إزالتها. ولنا: قوله صلى الله عليه وسلم: «لا تقرأ الحائض ولا الجنب شيئاً من القرآن»،¹ والقراءة غير واجبة خارج الصلاة، فكيف تحتاج الحائض إلى القراءة.

(وَقَرَّبَانِ مَا تَحْتَ الْإِزَارِ) أي: إزار الحائض (حَرَامٌ) عند أبي حنيفة؛ لأن وطئها حرام، والاستمتاع بما يُدَانِيهِ ربما يُوقِعُ فيه، فَيَحْرُمُ.

(وَحَصَّ شِعَارَ الدِّمِّ) أي: قال محمد: يجتنب موضع الدم فقط؛ لأن الثابت بالنص حرمة دون حرمة ما سواها.² (وَأَجْزَانَهُ لِلْإِنْقِطَاعِ) أي: وطء الحائض لانقطاع دمها (عَلَى الْعِشْرَةِ) أي: على تمام عشرة أيام (بِدُونِ غُسْلٍ)؛ لأنها تمام مدة الحيض، فبالانقطاع عنها يُعْرَفُ الطُّهُرُ قَطْعًا، (وَعَلَى الْأَقْلِ بِهِ) أي: وأجزانها للانقطاع على أقل من العشرة بالغسل، (أَوْ بِمُضِيِّ وَقْتِ صَلَاةٍ). أراد به أدناه، وهو أن يمضي من الوقت قدر أن تقدر فيه على الاغتسال والتحرية، لا أن يدوم الانقطاع من أول الوقت إلى آخره، فإذا مضى هذا القدر [16و] تجب عليها الصلاة بلا اغتسال، فَيَجِلُّ وطئها. هذا إذا انقطع فيما دون العشرة بعد استكمال عادتها؛ لأن الانقطاع لو كان قبله لا يُفْرِئُهَا زَوْجَهَا، حتى تمضي عادتها لاحتمال بطلان الانقطاع بمعاودة الدم، ولكنها تغتسل وتصلي احتياطاً؛ لأن الانقطاع طُهُرٌ، كذا في «المحيط».

(لَا بِالْغُسْلِ) أي: قال زفر: لا يجوز وطئها حتى تغتسل (مُطْلَقًا) أي: سواء انقطع على العشرة أو أقلها، لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرُبُوهُنَّ حَتَّى يَطْهُرْنَ﴾ [البقرة، 222/2].

قلنا: قراءة تشديد الطاء يدل على ما ذكرتم؛ لكن القراءة بتخفيفها يدل على ما ذكرنا؛ لأنها بمضي وقت صلاة تكون طاهرة.

¹ سنن الترمذي، الطهارة 98.

² د: سواء.

(وَحَدُّوا أَقْلَهُ) يعني: لأقل الحيض حدُّ عند علمائنا. وقال مالك: لا حد لأقله؛ لأنه نوعٌ حدث، فلا يقدرُ أقله بشيء كسائر الأحداث.

(وَلَا نُعَيِّنُ يَوْمًا وَوَلِيْلَةً). وقال الشافعي: أقله يوم وليلة، لقوله صلى الله عليه وسلم: «دعي الصلاة يومَ قَرْنِكَ».¹
(فِيحُدُّهُ) أي: يحد أبو يوسف أقل الحيض (بِيَوْمَيْنِ وَأَكْثَرَ) اليوم (الثَّالِثُ)؛ لأن للأكثر حكم الكل، (وَتَمَّهَا بِلَيَالِيهَا) يعني: قال صاحبها: أقله ثلاثة أيام بلياليها، لقوله صلى الله عليه وسلم: «أقل الحيض ثلاثة أيام، وأكثره عشرة».²
(وَنُقَدِّرُ الْأَكْثَرَ) أي: أكثر الحيض (بِعَشْرَةِ) أيام (لَا خَمْسَةَ عَشَرَ). يعني: عند الشافعي: أكثره مقدَّر بخمسة عشر يومًا، لقوله صلى الله عليه وسلم: «تُعْعِدُ الْمَرْأَةُ شَطْرَ عَمْرُهَا: لَا تَصُومُ وَلَا تَصَلِّي».³ والشرط هو النصف، فيكون أكثر مدة الحيض نصف الشهر؛ لكنه إذا كان تسعة وعشرين يومًا، فنصفه أربعة عشر يومًا، ونصف يوم؛ لكنه كُتِلَ للضبط.
(فَإِنْ جَاوَزَ) دم الحيض عشرة أيام (زُدَّتْ) الحائضُ (إِلَى عَادَتِهَا)، فما زاد عليها يكون استحاضةً؛ لأن الأصل الجزيء على وفاق العادة، وإن لم تتجاوز العشرة، فالزائد على عاداتها حيض؛ لكونه في أيام الحيض.

(وَإِنْ ابْتَدَأَتْ مُسْتَحَاضَةً) أي: إن استحاضت مع بلوغها. ابتدأت بفتح التاء، ومستحاضة مصدر ميمي منصوب على أنه مفعول به (فُدِّرَ بِالْعَشْرَةِ) أي: حيضها بعشرة أيام من كل شهر، والباقي استحاضة.
(وَتَشْرُكُ الْإِلْحَاقَ بِالْأَهْلِ) يعني: للشافعي في المبتدأة بالاستحاضة أقوال:

- [1.] أحدها: أن حيضها كحيض نساء عشيرتها، وهذا بعيدٌ جدًّا؛ لأن ذلك يختلف باختلاف الأغذية والطبائع.
 - [2.] (أَوْ التَّقْدِيرَ بِالْأَقْلِ) يعني: ثانيها: أن يكون يوم وليلة من كل شهر حيضًا لها؛ لأنه أقل الحيض، وهو متيقنٌ.
 - [3.] (أَوْ الْوَسْطِ) يعني: ثالثها: أن يقدر بوسط الأكثر، وهو سبعة أيام؛ لأنه هو الغالب في عاداتهن.
- (وَنُقَدِّرُ أَكْثَرَ النَّفَاسِ الدَّمِ الْمُتَعَقِّبِ لِلْوِلَادَةِ) وهو بالجر بدل عن النفاس، وبيانٌ له (بِأَرْبَعِينَ) يومًا لقول أم سلمة سألت النبي صلى الله عليه وسلم: كم تحبس المرأة إذا ولدت؟ قال صلى الله عليه وسلم: «أربعين يومًا»⁴ (لَا بَسْتَيْنِ) يعني: قال الشافعي: أكثره ستون يومًا، لقول الأوزاعي: «عندنا امرأة ترى النفاس شهرين».⁵

(وَتَرَكُوا اسْتِعْلَامَهُ مِنَ النَّسَاءِ). قال مالك: تسأل النساء عن قدر النفاس؛ لأنه يُعْرَفُ من جهتهن، ولا نص فيه.
(وَلَا حَدَّ لِأَقْلِهِ) أي: لأقل النفاس اتفاقًا.

(وَجَعَلَهُ) أي: محمد: النفاس في ولادة التوأمين، وهما الولدان اللذان لا يكون بينهما ستة أشهر (مِنَ الْوَلَدِ الْأَخِيرِ)، وجعله من الأوَّل.

له: أنها حامل، والحامل لا يكون نفساء، كما لا يكون حائضًا، ولهذا انقضت العدة بالأخير اتفاقًا.
ولهما: أن النفاس هو الدم الخارج عقيب الولادة، فيكون من الأوَّل بخلاف الحيض؛ لأن فم الرحم ينسد بالحبل، فلا يكون المرئي بعده دم حيض، وبخلاف انقضاء العدة؛ لأنه متعلِّق بفراغ الرحم، ولا فراغ مع بقاء الولد.
(وَنَجْعَلُ مَا تَرَاهُ الْخَامِلُ) من الدم في أيام عاداتها (اسْتِحَاضَةً لَا حَيْضًا) أي: قال الشافعي: إنه حيض؛ لأنه دمٌ خارجٌ من الرحم وقت العادة، فيكون حيضًا كالحائِل.

¹ الطحاوي، شرح معاني الآثار، 59/3. وانظر أيضًا: صحيح البخاري، الحيض 24؛ مسند أحمد بن حنبل، 42/6، 262.
² سنن الدارقطني، 389/1؛ المعجم الأوسط، 189/1. وقال ابن القيم: ليس فيها شيء صحيح بل كله باطل. انظر: المنار المنيف، ص 122.
³ قال البيهقي في معرفة السنن، 145/2: فقد طلبته كثيرًا فلم أجده في شيء من كتب أصحاب الحديث. وانظر أيضًا: علي القاري، الأسرار المرفوعة، ص 165.
⁴ سنن أبي داود، الطهارة 122؛ سنن الدارقطني، 409/1، 412.
⁵ الزيلعي، تبين الحقائق، 68/1.

ولنا: أن الحيض دم الرحم، وبالجبيل ينسد فم الرحم، فكيف كانت كالحائل.

وفي «المصنفى»: ذكر في «خلاصتهم»: لا تنقضي العدة بذلك الحيض عنده.

فيدنا بقولنا: «في أيام عاداتها»؛ لأن ما رآته الحامل في غيرها استحاضة اتفاقاً.

(وَلَوْ تَخَلَّلَ طُهْرٌ فِي الْأَرْبَعِينَ: فَهُوَ نَفَاسٌ) يعني: الطهر الذي رآته النفساء بين الدمين فاسد، والكل نفاس عند أبي حنيفة.
(وَجَعَلًا مَا بَعْدَ أَقْلِهِ) أي: أقل الطهر (وَيُقَدَّرُ بِخَمْسَةِ عَشْرٍ) يوماً. هذه جملة معترضة مُبَيَّنَّةٌ لأقل مدة الطهر (حَيْضًا). وهو مفعول ثانٍ لـ«جعلًا»، يعني: قالوا: الطهر المتخلل إن كان خمسة عشر يوماً يكون فاصلاً، وما بعده يكون حيضاً، (إِنْ صَلَّحَ) أن يكون حيضاً بأن كان ثلاثة أيام ولياليها، وإلا كان استحاضةً.

وفي «الصحيح»: «صَلَّحَ يَصْلُحُ» مثل: «دَخَلَ يَدْخُلُ».

وفي «المصنفى»: صورة المسألة: مبتدأة بلغت بالحبيل، فرأت بعد الولادة خمسة دماً، وخمسة عشر طهراً، ثم خمسة دماً وخمسة عشر طهراً، واستمر بها الدم، فنفاستها خمسة وعشرون، وطهرها خمسة عشر، وحيضها عشرة من أوّل [16ظ] الدم الذي استمر. وقالوا: نفاسها خمسة، وطهرها خمسة عشر، وحيضها خمسة.

لهما: ¹ أن الطهر تام، فيكون فاصلاً بين النفاس والحيض، كما كان فاصلاً بين الدمين في الحيض.

وله: أن الطهر وإن تم في نفسه؛ لكنه وُجِدَ في محل الدم، وهو أيام النفاس، وإحاطة الدم، فغلب المحل عليه.

(وَجَعَلَ الثَّلَاثَةَ) أي: محمد ثلاثة أيام (فِي الْحَيْضِ فَاصِلَةً) أي: طهراً (إِنْ زَادَتْ عَلَى الدَّمِينِ)، كما إذا رأت يوماً دماً، وثلاثة أيام طهراً، ويوماً دماً.

(وَقَالَا: مَا تَخَلَّلَ فِي مُدَّتِهِ) أي: مدة الحيض (تَبِعَ) للدم (مُطْلَقًا) أي: سواء كان الطهر غالباً على الدمين، أو مغلوباً، أو مساوياً.

فيد أيام الانقطاع بـ«الثلاثة»؛ لأنها لو كانت أقلّ منها لا تُفَصِّلُ اتفاقاً، كما إذا رأت مبتدأة يوماً دماً، ويومين طهراً، ويوماً دماً. فهذه الأربعة حيض اتفاقاً.

وقيد بـ«زيادتها على الدمين»؛ لأنها إن كانت متساوية بالدمين، أو مغلوبة عنهما لا تكون فاصلةً اتفاقاً، كما إذا رأت يومين دماً، وثلاثة أيام طهراً، ويومين دماً، فالسبعة حيضٌ. وكذلك إذا تساوى الطهر بالدمين تغليباً للمحزّم. وأما إذا زاد، فقد فصل.

اعلم: أن كلاً من طرفي الطهر الزائد:

[1.] إما أن يكون استحاضة، كما إذا رأت يوماً دماً، وثمانية أيام طهراً، ويوماً دماً.

[2.] وإما أن يكون ما قبله حيضاً، وما بعده استحاضة، كما إذا رأت ثلاثة أيام دماً، وستة طهراً، ويوماً دماً.

[3.] وإما أن يكون بالعكس، كما إذا رأت يوماً دماً، وستة أيام طهراً، وثلاثة أيام حيضاً، ولا يتصور أن يكون طرفاه حيضاً؛

لأن محل الخلاف أن يكون ذلك في مدة الحيض.

له: أن الطهر غالب، فلا يجعل تبعاً للدم المغلوب.

ولهما: أن الطهر فاسد لكونه أقل من مدته، فلا يعتد به، فيكون في حكم الدم، لكونه محفوفاً.²

(وَمَنْعَ بَدَأَهُ) أي: محمد: بداية الحيض، (وَحْتَمَهُ بِهِ) أي: بالطهر.

(وَأَجْرَاهُ) أي: بدأ الحيض وختمه بالطهر (إِنْ اُكْتَفِيَهُمَا الدَّمُ) يعني: إن تقدم على أوّل أيام الحيض دم، وتأخر عن آخرها

دم.

¹ وفي هامش ح: أبي يوسف ومحمد.

² وفي هامش ح: أي: إحاطة.

صورته: معتادة بعشرة في أوّل كل شهر لو رأت قبل أيام عاداتها يومًا دمًا، وبعدها يومًا دمًا، وفي أوّل العشرة وآخرها طهرًا، وثمانية أيام بينهما دمًا، فحيضها عند محمد هي الثمانية؛ لاستحالة جعل الطهر حيضًا تبعًا لما ليس بحيض.

وعندهما: العشرة حيض؛ لأن هذا الطهر فاسدٌ، فكان حيضًا لمصادفته أيام العادة. وهذا التقرير على تقدير اكتنافهما الدم. وأما إذا لم يكتنفهما بأن رأت قبل العشرة دمًا، ولم تر في الحادي عشرة، أو رأت في الحادي عشر، ولم تر قبل العشرة فحيضها تسعةٌ عندهما؛ لأن في صورة تقدّم الدم على العشرة جَوْرًا بدأه بالطهر دون ختمه، وفي صورة تأخره جَوْرًا ختمه دون بدئه. وثمانيةٌ عند محمد؛ لأنه لم يجوّز كلاً منهما. ولو لم تر قبل العشرة ولا بعدها دمًا، فحيضها ثمانيةٌ اتفاقًا.

(وَإِنْ زَادَ) الدم (عَلَى الْمُقَدَّرِ) وهو عشرة أيام في الحيض، وأربعون في النفاس (فِي الْمُتَبَدِّأَةِ) أي: في التي بلغت بالحيض، واستمرّ بها الدم أو بالحبل، فاستمرّ الدم عند وضعها، (وَالْمُعْتَادَةِ فِيهِمَا) أي: في التي لها عادةٌ معروفةٌ في الحيض والنفاس، (أَوْ نَقَصَ مِنَ الْأَقَلِّ) أي: الدم من أقل مدة الحيض؛ لأن النفاس لا حد لأقله (كَأَنَّ اسْتِحَاضَةً)؛ لأن الزائد على الحيض المقدر شرعًا أو الناقص عنه لا يكون منه،¹ وكذا الزائد على المعتاد؛ لأن المقدر العادي كالمقدر الشرعي؛ إذ الظاهر أن العادة تنتقل.

(فَتُلْحَقُ بِالطَّاهِرَاتِ) في وجوب الصلاة والصوم، وجِلِّ قِرْبَانِ الزَّوْجِ، لقوله صلى الله عليه وسلم للمستحاضة: «دعي الصلاة أيامَ أقرائك ثم اغتسلي وصلي».²

قال المصنف: ضمير «تلحق» عائد إلى المعتادة؛ لأنها أقرب؛ لكن لو جعله عائدًا إلى المستحاضة المذكورة حكمًا، لكان أشمل.

(وَلَمْ يَأْمُرْ بِهَا بِالِاسْتِظْهَارِ) أي: بالتقوية (بِثَلَاثَةِ) أيام. وقال مالك: معتادة إذا استمر بها الدم ثلاثة أيام من الزائد على العادة تُلْحَقُ بِأَيَّامِهَا، ثم ما بعدها يكون طهرًا (إِنْ أَمَكْنَ) الاستظهار بثلاثة بأن كان عاداتها اثني عشر يومًا وما دونها (فِي خَمْسَةِ عَشْرٍ) يعني: ينبغي أن يقع الاستظهار عنده في خمسة عشر يومًا، وهي أكثر مدة الحيض عنده.³ قِيَدُ بِهِ؛⁴ لأن عاداتها لو كانت خمسة عشر لا تستظهر بشيء اتفاقًا.

(وَأَلَّا فَيَبْثُومِينَ وَيَوْمٍ) أي: إن لم يمكن الاستظهار بثلاثة تُسْتَظْهَرُ بيومين، كما إذا كان عاداتها ثلاثة عشر، أو تستظهر بيوم، كما إذا كان عاداتها أربعة عشر.

له: أن الحيض يزداد وينقص، فإذا كَثُرَ الزيادة على العادة لم يمكن جعل كله حيضًا؛ لعلنا أنه عن آفة، فلا بد من إلحاق زيادة بها، والثلاث جمع صحيح، فاعتبر بإلحاقه في مدة الحيض.

ولنا: أن الزائد على العادة يحتمل أن يكون حيضًا إذا كان في مدته، وأن يكون استحاضة؛ لكن جعلناه استحاضة؛ [17و] لأن المقدر العادي كالمقدر الشرعي، فأوجبنا عليها⁵ الصلاة احتياطًا.

(وَلَا نَعْتَبِرُ اللَّوْنَ) أي: لون الدم (فِي التَّمْيِيزِ) بين دمي الحيض والاستحاضة (عِنْدَ اتِّصَالِ الدَّمِينِ) واستمراره؛ بل نعتبر عاداتها أو أكثر مدة الحيض، ونجعل ما وراءها استحاضة. وقال الشافعي: يتميز بينهما باللون، فتكون حائضًا في أيام قوة اللون، ومستحاضة في أيام ضعفه، وقوته أن يكون أسودَ طَرِيًّا؛ لكن للتمييز عنده شروط، وهي:

[1]. أن لا يزيد القوي على خمسة عشر يومًا.

[2]. وأن لا ينقص عن يوم وليلة.

¹ وفي هامش ح: حيض.

² الطحاوي، شرح معاني الآثار، 59/3. وانظر أيضًا: صحيح البخاري، الحيض 24؛ مسند أحمد بن حنبل، 42/6، 262.

³ وفي هامش ح: مالك.

⁴ وفي هامش ح: أي: بثلاثة.

⁵ وفي هامش ح: امرأة.

[3]. وأن لا ينقص الضعيفُ عن خمسة عشر يوماً؛ ليتمكن جعله طهرًا بين الحيضين.¹

له: قوله صلى الله عليه وسلم لفاطمة بنت حبيش: «دم الحيض غَيِّطٌ أسود، فإذا كان ذلك فأمسكي عن الصلاة، وإذا كان غيره فاغتسلي وصلّي.»²

ولنا: قوله صلى الله عليه وسلم للمستحاضة: «دعي الصلاة أيام أقرائك»، فإنه صلى الله عليه وسلم اعتبر الأيام دون اللون. (وَيُخْرِجُ عَنْهُ) أي: عن الحيض (الْكُدْرَةَ فِيهَا) أي: في أيام الحيض. يعني: قال أبو يوسف: إن رأيت الكدرة، وهي بضم الكاف: ما يكون لونها لون الماء الكدبر، فهي ليست بحيض، وإن سبقها حمرة أو صفرة، فهي حيض. وهذا معنى قوله: (إِلَّا لِسَبْقِ حُمْرَةٍ أَوْ صُفْرَةٍ، وَأَلْحَقَهَا بِهِمَا) أي: الكدرة الغير المسبوقة بالحمرة والصفرة في كونها حيضًا. له: أنها ليست بدم، فإذا تقدّمها³ الدم، سواء رأته في أيامها أو لا استتبعها. ولهما: ما روي أن عائشة رضي الله عنها جعلت ما دون البياض الخالص حيضًا. وفي «المصنف»: إنما تعتبر الصفة حالة الرطوبة، حتى لو رأيت بياضًا خالصًا على الخرقه، فإذا بيس اصفر لا تعتبر تلك الصفرة، فلا يكون حيضًا.

(وَلَا يَشْرُطُ الإِعَادَةَ لِنَقْلِ العَادَةِ) مثلًا: معتادة بعشرة في أول كل شهر إذا رأيت خمسة من أول شهر مرة، انتقل عادتها من العشرة إلى الخمسة في الشهر الثاني عند أبي يوسف؛ لأن العادة الأصلية، وهي الطهر تنتقل إلى الحيض بمرة، فكذا هذا. وعندهما: لا ينتقل؛ بل لا بد من التكرار؛ لأن العادة من العود، فلا يثبت بدونه، وكذا الخلاف في انتقال العادة عن مكانها، وهو أن ترى في غير موضعه المعروف.

وفي «المحيط»: الخلاف في العادة الأصلية. وأما العادة الجعلية، فهي ما تثبت بالتكرار تنتقل برؤية الدم على خلافها مرة، فلا يحتاج إلى التكرار اتفاقًا؛ لأنها دون الأصلية، الفتوى على قوله تيسيرًا لهن.

(وَإِنْ رَأَتْ فِيهَا وَقَبْلَهَا) أي: في أيام عادتتها، وقبل تلك الأيام (مَا اجْتَمَعَ نِصَابًا) يعني: ما ليس بحيض، بحيث لو جمع صار نصابًا، وهو ثلاثة أيام، مثلًا: إذا كان عادتتها أربعة أيام أول كل شهر، فرأت آخر رجب يومين، وأول شعبان يومين، (فَهُوَ) أي: أمْرًا (مَوْقُوفٌ) عند أبي حنيفة (عَلَى نَوْبَةِ أُخْرَى)، فلا تصلي ولا تصوم، فإن وقع في آخر شعبان مع أول رمضان كذلك، فهو والأول حيض حتى تقضي الصوم ولا تقضي الصلاة، وإن لم تر كذلك فهو استحاضة، فتقضي الصوم والصلاة جميعًا.

(وَقَالَ): لا يوقف؛ بل ما رأته (حَيْضٌ). فإن أبا يوسف مرَّ على أصله من أن العادة تنتقل بمرة، ومحمد كان لا يرى النقل إنما رآه هنا؛ لأن المرئي وقع في أيام الحيض، فصار أصلًا، واستتبع ما قبله.

ولأبي حنيفة: أن الموجود في أيام العادة ليس بحيض؛ لأنه ليس بنصاب، فلا يستتبع غيره. وفي «المصنف»: قيّد بقوله: «ما اجتمع»؛ لأنها لو رأته في أيام الحيض ما يكون نصابًا، وقبلها كذلك لا يكون الكل حيضًا في رواية؛ بل ما رأته في أيامها يكون حيضًا فحسب. ولو رأته في أيامها ما يكون نصابًا وقبلها ما لا يكون: فالكل حيض اتفاقًا. (وَنَامُرُ المُسْتَحَاضَةِ) وهي التي ترى الدم من قبلها في زمان لا يعتبر من الحيض والنفاس مستغرقًا وقت صلاة في الابتداء، ولا يخلو وقت صلاة عنه في البقاء، (وَمَنْ بِمَعْنَاهَا) أي: بمعنى المستحاضة كمن به سلس البول، والجرح الذي لا يرقأ وغيرهما من المعدورين.

¹ ح: الحيض.

² سنن أبي داود، الطهارة 109، 115؛ سنن النسائي، الطهارة 138.

³ وفي هامش ح: كدرة.

وفي «الغاية»: المعذور في الشرع: هو الذي استغرق عذره من سيلان الدم ونحوه وقت صلاة في الابتداء، ولا يخلو وقت صلاة عنه في البقاء.

قال الإمام الزاهدي: ليس المراد به دوام وجوده وقت صلاة كاملاً؛ بل المراد به: أن لا يوجد في الوقت ساعة خالية عن الحدث يمكنه الوضوء وأداء الفريضة؛ لكن المذكور في «الجامع الكبير» لفخر الإسلام، و«الجامع الصغير» للإمام الترمذاني.

وفي «المعني»: إن دوام السيلان من أول الوقت إلى آخره شرط في حالة الثبوت؛ اعتباراً لطرف الثبوت بطرف السقوط، فإن المستحاضة إذا انقطع معها وقت / [17ظ] صلاة كامل خرجت من الاستحاضة، وفي أقل من ذلك لا تخرج.

(بِالْوُضُوءِ لِلْوَقْتِ) أي: لوقت كل صلاة مفروضة، حتى لو توضعاً لصلاة العيد: لا تنتقض بزوال وقتها؛ بل له أن يصلي به الظهر، كما قاله الإمام البزدوي في «شرح الجامع الصغير»: فيصلي به في الوقت ما شاء من الفرائض والنوافل، (لَا لِلصَّلَاةِ) يعني: قال الشافعي: المعذور مأمور بالوضوء لكل صلاة مفروضة، فيصلي به النوافل تبعاً لها لا الفوائت.

له: قوله صلى الله عليه وسلم: «المستحاضة تتوضأ لكل صلاة».¹

ولنا: قوله صلى الله عليه وسلم: «المستحاضة تتوضأ لوقت كل صلاة»²، واللام فيما رواه الشافعي بمعنى الوقت.

(وَنَقَضْنَا) أي: وضوء المعذور (لِخُرُوجِهِ) أي: لخروج الوقت.

اعلم: أن تعليل النقض به مجاز؛ لأن الناقض في الحقيقة هو الحدث السابق الذي أثبت به المعذور، ووُجِدَ حالة الوضوء أو بعده في الوقت، وخروجه شرطُ النقض. وإنما لم يعتبر فيه الحدث لضرورة الحاجة إلى أداء الوقتية، فإذا خرج الوقت، وزال الحاجة عميل ذلك الحدث عملاً. وهذا هو المراد بالانتقاض لا أن وضوء المعذور كان صحيحاً فانتقض.

(لَا لِالدُّخُولِ) يعني: قال زفر: ينتقض لدخول الوقت، حتى لو توضعاً للمعذور لصلاة الضحى لا يصلي به الظهر؛ لأن طهارته غير معتبرة قبل الوقت، لعدم الحاجة إلى الأداء، فتنقض بدخوله، ومعتبرة بعد الدخول لحاجته، فلا تنتقض بخروجه.

فإن قلت: إذا لم يكن الطهارة معتبرة قبل الوقت عنده، فكيف يصفه بالانتقاض؟

قلت: المراد أنها³ غير معتبرة للوقتية⁴، لا أنها غير معتبرة أصلاً؛ بل هي معتبرة في حق النوافل وقضاء الفوائت؛ لأنها طهارة في نفسها.

(وَيَحْكُمُ بِهِ) أي: أبو يوسف بالنقض (لَهُمَا) أي: للخروج والدخول. ليس معناه: أن اجتماعهما شرط للنقض عنده؛ بل معناه: ينتقض بالدخول أيضاً؛ لأن الحاجة⁵ مختصة بالوقت، فلا اعتبار بما بعده ولا بما قبله.

قلنا: دخول الوقت دليل الحاجة، فلا ينتقض به، والخروج⁶ دليل زوال الحاجة، فينتقض به، وتقديم الطهارة على الوقت جائز لضرورة أخرى، وهي أن الشرع جعل العزيمة⁷ للمكلف أن يشتغل كل الوقت بالأداء، وذا لا يحصل إلا بتقديم الطهارة.

اعلم: أن ما ذكر كان حكم طهارة المعذور. وأما حكم ثوبه الذي⁸ يصل إليه الحدث الذي ابتلي به، فقد ذكر في «التبيين»: أن عليه⁹ أن يغسله¹ إذا لم يصبه مرة أخرى، وإن أصابه لا يجب غسله ما دام العذر قائماً.

¹ سنن الترمذي، الطهارة 95؛ سنن أبي داود، الطهارة 111.

² الطحاوي، شرح معاني الآثار، 103/1؛ السرخسي، المبسوط، 84/1.

³ وفي هامش ح: طهارة.

⁴ وفي هامش ح: أي: صلاة الوقت.

⁵ وفي هامش ح: أي: الحاجة إلى الأداء.

⁶ وفي هامش ح: أي: خروج الوقت.

⁷ وفي هامش ح: أي: الأصل وهو الطهارة أي: الوضوء.

⁸ ح - أن يشتغل كل الوقت بالأداء، وذا لا يحصل إلا بتقديم الطهارة. اعلم: أن ما ذكر كان حكم طهارة المعذور. وأما حكم ثوبه الذي.

⁹ وفي هامش ح: معذور.

وقيل: إذا أصابه خارج الصلاة يَغْسِلُهُ؛ لأنه قادر أن يشرع في ثوب طاهر، وفي الصلاة لا يمكنه، فسقط اعتباره.

فصل في الأنجاس والطهارة عنها

(نُجِيزُ رَفْعَ النَّجَاسَةِ الْحَقِيقِيَّةِ) يعني: نقول: ترتفع النجاسة الحقيقية² (بِالْمَائِعِ)، خلافاً للشافعي. المراد به: المائع المزيل

للنجاسة كالخل وماء الورد، فلا يَطْهَرُ بالدهن واللبن؛ لأن أثر النجاسة لا يزول بهما.

وذكر الإمام الترمذاني: الدم إذا غسل ببول ما يُوَكَّلُ تزول نجاسة الدم، حتى لو حلف ما فيه دم لم يحنث. وتجاوز به الصلاة

ما لم يفحش. احتز به «الحقيقية» عن الحكمية؛ لأنها لا تزول بمائع غير الماء.

(كَالْمَاءِ) أي: كما أن الحقيقية ترتفع بالماء اتفاقاً لقلعه النجاسة عن محلها، فكذا يرفعها المائع لمشاركته الماء في هذا

المعنى.

ولما كان المفهوم من قوله: «نجيز» أن محمداً مع صاحبيه في هذا الحكم ولم يكن معهما؛ بل كان مع الشافعي، قال:

(وَمَنْعَهُ) أي: منع محمد رفع النجاسة بالمائع؛ لأنه إذا لاقى النجاسة يَنْجُسُ بأول الملاقاة، فلا يرفع النجاسة إلا أن هذا القياس تَرَكَ

في الماء لورود النص فيه، فَيُتَّصَرُّ عليه. وإطلاق «الكتاب»³ يدل على أنه لا فرق بين الثوب والبدن في طهارتهما بالمائع. وعن أبي

يوسف: أن البدن لا يطهر إلا بالماء لجذبه النجاسة بحرارة.

(وَتُنَجِّسُ الْمَاءَ الْوَارِدَ) على النجاسة. وقال الشافعي: لا يتنجس لما روي «أن أعرابياً بال في المسجد، فأمر صلى الله عليه

وسلم بدلو من ماء، فضبَّ عليه»⁴. ولو كان الماء يتنجس بالورود، لَمَا أمر صلى الله عليه وسلم بصبه لإفضائه إلى تكثير النجاسة

(كَالْمُؤَرَّودِ) أي: كالماء الذي ورد عليه النجاسة، فإنه نجس بالاتفاق. وهذا إشارة إلى تعليلنا، يعني: إنما تنجس المورود لاختلاط

النجاسة به، وفي الوارد كذلك، فيكون نجساً، وما روي من الحديث يحتمل أنه كان لذهاب رائحة البول لا للتطهير، ثم نُقِلَ ذلك

التراب، وأنه كان له مَنْقَدٌ، فصار جارياً بصب متواتر.

(وَيَطْهَرُ مَحَلُّ مَرْتَبَةٍ) أي: نجاسة مرتبة (بِقَلْعِهَا) ولو بمرّة. قيل: لا يطهر ما لم يغسله ثلاثاً بعد زوال العين؛ لأنه التَّحَقُّ بمحل

غير المرتبة بعد زوال عينها.

(وَلَا يَضُرُّ) في تطهير المحل بعد قلع المرتبة عنه (بِقَاءِ أَثَرِ) أي: أثر النجاسة من لون وريح (لَا يَزِمُ) أي: شاقٌّ إزالته بأن

يحتاج فيه إلى شيء آخر كالصابون ونحوه، كذا في «التبيين».

(وَنَعْتَبِرُ غَلْبَةَ الظَّنِّ فِي غَيْرِهَا) يعني: محل غير المرتبة يطهر عندنا إذا غلب على ظن الغاسل أنه طهر؛ لأن غلبة الظن دليل

شرعي (لَا الْمَرَّةَ). يعني: عند الشافعي: يطهر بالَغَسْلِ مرة؛ لأن الماء طهور، فإذا استعمل مرة يُطَهَّرُهُ، كما يُطَهَّرُهُ عن الحكمية.

(وَتُقَدَّرُ بِالثَّلَاثِ) يعني: غلبة الظن تُقَدَّرُ / [18و] بِالغَسْلِ ثلاث مرات، وبالعصر في كل مرة في ظاهر الرواية؛ لأنها تحصل

عنده غالباً.

وفي «الخانية»: لا بد من المبالغة في العصر، بحيث لو عصر بقدر طاقته لا يسيل منه الماء، ولو لم يبالغ فيه صيانةً للثوب

لا يطهر. وعن محمد: العصر في المرة الثالثة كافٍ. وعنه وعن أبي يوسف: لو جرى الماء على ثوب نجس، ثم غلب على ظنه أنه

طهر: جاز بلا عصر، كذا في «الكفاية».

(وَيَشْتَرِطُ الصَّبَّ لَطَهَارَةِ الْعَضْوِ) يعني: قال أبو يوسف: لا يطهر العضو إذا غسل في ثلاث ظروف مملوءة بالماء، أو في

ظرفٍ واحدٍ بتجديد ماء.

¹ وفي هامش ح: ثوب.

² ت + كالبول والغائط.

³ إذا أطلق لفظ «الكتاب» عند الحنفية: فالمراد به: مختصر القدوري.

⁴ صحيح البخاري، الأدب 35؛ صحيح مسلم، الطهارة 98.

(وَأَلْحَقَهُ بِالثُّوبِ) يعني: قال محمد: يطهر ذلك العضو كما يطهر الثوب، (حَيْثُ يُغَسَّلُ فِي ثَلَاثِ إِجَانَاتٍ) بكسر الهمزة وتشديد الجيم أي: ظروف، والعامل في حيث «ألحقه»، (أَوْ ثَلَاثًا) أي: يغسل ثلاث مرات (فِي إِجَانَةٍ) واحدة¹ (بِمِيَاهٍ وَعَصْرِ) في كل مرة، (فَيَطْهُرُ) ذلك الثوب.

لمحمد: أن القياس كان يقتضي أن لا يطهر العضو والثوب جميعًا بالعسل في الأواني؛ لأن الماء ينجس بملاقاة النجس، إلا أن القياس تُرِكَ في الثوب، وجعل طاهرًا في المرة الثالثة لدفع الحرج، فَيُتْرَكُ في العضو لتلك العلة. ولأبي يوسف: أن العادة جارية في الثياب أن يغسل في الإجانات، ولو لم يطهر لضاق على الناس، والعضو ليس كذلك، فيشترط فيه الصب؛ ليكون كالماء الجاري عليه.

(وَيُفْتِي بِطَهَارَةِ غَيْرِ الْمُنْعَصِرِ) أي: قال أبو يوسف: ما لا يحتمل العصر إذا تنجس بمائع نجس كالحنطة ونحوها تطهر (بِعَسَلِهِ وَتَجْفِيفِهِ ثَلَاثًا)، بحيث لا يبقى للنجس بعده لون ولا رائحة، حتى لو بقي لا يطهر.

وحد التجفيف: أن ينقطع التقاطر، ولا يشترط اليبس. ولو كانت الحنطة منتفخة، واللحم مغلي بالماء النجس، فطريق غسله وتجفيفه: أن ينقع الحنطة في الماء الطاهر حتى يتشرب، ثم يجفف، ويغلى اللحم في الماء الطاهر، ثم يبرد، ويفعل ذلك فيهما ثلاث مرات.

ولو كان سكين مسقيًا بالماء النجس يسقى بالماء الطاهر ثلاث مرات. ولو كان العسل نجسًا، فتطهره أن يصب فيه ماء بقدره، فيغلى حتى يعود إلى مكانه. وكذا في الدهن النجس يصب عليه الماء، فيعلو الدهن الماء، فيُفْرَقُ بشيء هكذا يفعل ثلاث مرات، كذا في «الكافي».

(وَنَجَسَهُ أَبَدًا) يعني: قال محمد: لا يطهر غير المنعصر أبدًا؛ لأن النجس إنما يزول بالعصر ولم يوجد، فيبقى نجسًا. ولأبي يوسف: أن للتجفيف أثرًا في استخراج النجاسة كالعصر.

(وَالصَّحِيحُ) من المذهب فيما لا ينعصر: (الاعتِبَارُ بِالظَّنِّ) أي: بغلبة ظن الغاسل بالطهارة إذا لم ير فيه بعد الغسل أثر النجاسة.

(وَلَا يَطْهُرُ) أبو يوسف (مَا اخْتَرَقَ بِالنَّارِ) كالروث إذا صار بالنار رمادًا؛ لأن التغير إنما حصل في وصفه، والعين باقية، فيبقى نجاستها.

(وَحَالَفَهُ) أي: محمد أبا يوسف؛ لأن العين تبدلت واستحالت إلى حقيقة أخرى، فيتبدل وصفها. ألا يرى أن العصير الطاهر إذا صار خميرًا نجس، وإذا صار خلًّا طهر. وكذا الخلاف فيما إذا صار العذرة حُمَاءً، والخنزير ملحًا بالوقوع في الْمَمْلَحَةِ. (وَهُوَ) أي: ما ذهب إليه محمد (الْمُخْتَارُ).

(وَنَجَسَ الْمَنِيِّ) يعني: المنى نجس عندنا، وطاهر عند الشافعي. وأما منى سائر الحيوانات، فله فيه قولان، إلا منى الكلب والخنزير، فإنه نجس عنده قولًا واحدًا.²

له: قول عائشة رضي الله عنها: «كنتُ أَفْرِكُ المنى عن ثوب رسول الله صلى الله عليه وسلم، وهو يصلي فيه».³ ولنا: قوله صلى الله عليه وسلم: «إنما يغسل الثوب من خمس: بول، وغائط، وقيء، ودم، ومنى»⁴ وما رواه يحتمل القليل، وما رويناه محكم، فَيُرْجَحُ عليه.

¹ د - واحدة.

² في هامش ح: أي: في قول واحد.

³ سنن أبي داود، الطهارة 134؛ سنن النسائي، الطهارة 188.

⁴ سنن الدارقطني، 230/1.

(فَيُغَسَّلُ رَطْبُهُ، وَيُفْرَكُ يَابِسُهُ) لما روي: أنه صلى الله عليه وسلم قال: «اغسله رطبًا، وافركه يابسًا».¹ الفرك: هو الحك باليد حتى يَتَفَقَّتَتْ، وبه يطهر محله.

وعن أبي حنيفة: لا يطهر؛ بل يقل نجاسته، حتى لو أصابه ماء عاد نجسًا، والأوّل أصح. لا فرق فيه بين الثوب والبدن في ظاهر الرواية للبلوى.²

وعن أبي حنيفة: أن البدن لا يطهر بالفرك لرطوبته.

وعن الفضلي: أن مني المرأة لا يطهر بالفرك؛ لأنه رقيقٌ. وكذا إذا كان مني الرجل رقيقًا لمرض. ولو أصاب مني شيئًا له بطانة، فنفذ إليها يطهر بالفرك، وهو الصحيح.

وعن محمد: أن البطانة لا تطهر إلا بالغسل؛ لأن التي يصيبها بلة النجاسة دون جرمها.³

وقال شمس الأئمة: مسألة المنى مشكّلة؛ لأن الفحل يمذي حين يُثني، والمذي لا يطهر بالفرك إلا أن يقال: إنه مغلوب بالمني، فيجعل تبعًا له، ولو لم يكن رأس الذكر ظاهرًا وقت خروج المنى لا يطهر بالفرك.

(وَذَلِكَ عَيْنِيَّةٌ) أي: نجاسة متجسّدة كالروث والعذرة، سواء كان جسدها من نفسها أو من غيرها، فلو مشى على بول، ثم على تراب فالتصق به، فنجفت، فمسحه بالأرض يطهر. كذا روي عن أبي حنيفة وأبي يوسف، (جَفَّتْ بِخُفِّ) ونحوه كالنعل (مُطَهَّرٌ) عند أبي حنيفة؛ لأن الخف صلب لا يتداخله أجزاء [18ظ] النجاسة، فيبقى رطوبتها على ظاهره، فإذا جفّت النجاسة عادت الرطوبة إلى جرمها، ويزول بزواله إذا دلّكه بالأرض.

(وَيُلْحَقُ بِهَا الرُّطْبَةُ) أي: قال أبو يوسف: يَطْهُرُ الخف في الرطبة أيضًا إذا مسحه بالتراب؛ لأنه يجذب رطوبتها، ويصير كالتي جفّت، وعليه الفتوى لعموم البلوى، كذا في «النهاية».

(وَأَوْجَبَ غَسْلَهُمَا) أي: قال محمد: لا يطهر فيهما إلا بالغسل؛ لأن هذا عين تنجس بإصابة النجاسة، فلا يطهر إلا بالغسل كالثوب والبدن. روي أن محمدًا رجع عن هذا القول حين رأى كثرة السرّقين في طرق الري.

قيد بـ«العينية»؛ لأن غيرها كالخمر ونحوه لا يطهر بالدلك اتفاقًا.

وقيد بـ«الخف»؛ لأن الثوب لا يطهر بالجفاف⁴ اتفاقًا.

(وَيُمَسَّحُ صَقِيلٌ) يعني: إذا أصابت المرأة ونحوها نجس رطبًا كان أو يابسًا، ومتجسدًا كان أو غيره يطهر بالمسح، لما صح أن الصحابة رضي الله عنهم كانوا يقتلون الكفّار بسيوفهم، ثم يمسحونها ويصلون معها.

قيد بـ«الصقيل»؛ لأن المحل لو كان خشبًا أو منقوشًا: لا يطهر بالمسح.

(وَأَجْزَأُ الصَّلَاةِ دُونَ التَّيْمُمِ عَلَى أَرْضٍ) يعني: إذا تنجست أرض، وجفّت، بحيث ذهب أثر النجاسة من لونها وريحها:

يجوز الصلاة عليها عندنا، خلافًا لزر. وأما التيمم، فلم يجز اتفاقًا.

(حَكَمْنَا بِطَهْرِهَا لِلْجَفَافِ). هذه الجملة صفة، وبيان لعلة المسألة السابقة، يعني: جَوَزْنَا الصلاة عليها، لكونها طاهرة

بالجفاف، ولم يجوّزها زفر لكونها غير طاهرة عنده.

له: أنها عينٌ تنجست، فلا يطهر بالجفاف كالثوب.

¹ لم نجد هذا اللفظ. وروي عن عائشة قوله: «كنت أفرك المنى من ثوب رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا كان يابسًا وأغسله إذا كان رطبًا». انظر: الطحاوي، شرح معاني الآثار، 49/1؛ سنن الدارقطني، 226/1.

² في هامش ح: لعموم البلوى.

³ الجزم: الجسد والجمع: أجرام، وجروم وجزم. الجزم: الذنب والجمع أجرام وجروم. المعجم الوسيط، «جرم»

⁴ ح: بالدلك.

ولنا: أن ذلك المكان كان طاهرًا وطهورًا، لقوله صلى الله عليه وسلم: «جعلت لي الأرض مسجداً وطهوراً»¹ فإذا أصابته نجاسة ارتفع الوصفان، فلما وجد دليل على طهارته حين جفَّت، وهو قوله صلى الله عليه وسلم: «أبما أرض جفَّت فقد دكَّت»،² أي: طهرت جازت الصلاة عليه، ولم يوجد دليل على عود طهوريته، فلم يجز التيمم.

قيد بـ«الجفاف»؛ لأن الأرض لو لم تجف لا يطهر إلا إذا صُبَّ عليها ماء، بحيث لم يبق للنجاسة أثر، فيطهر. وهذه العبارة أكثر فائدة مما قاله القدوري في «مختصره»، فجفَّت بالشمس؛ لأن الشرط اليبس فحسب.

وقيد بـ«جفاف الأرض»؛ لكون اللام فيه بدلاً عن المضاف إليه؛ لأن البساط لا يطهر بالجفاف اتفاقاً وإن ذهب أثرها، والكأُ القائم على الأرض والأجرَّة المفروشة عليها يأخذ حكمها. وأما المنقطع من الكأُ والموضوعة عليها من الأجر، فلا يطهر إلا بالغسل.

(وَتَمْتَعُهَا) أي: الصلاة (بِمَا فَوْقَ دِرْهَمٍ) من النجس؛ لأن التحرز من القليل حرج، وهو مدفوع، فقدَرناه بالدرهم؛ لأن موضع الاستنجاء لم يطهر بالكلية بإمرار الحجر عليه، ولهذا لو دخل المستنجي في الماء القليل نجَّسه، فإذا صار موضع الاستنجاء معفوًّا في حق الصلاة عُلم أن قليلها في الشرع معفوٌّ؛ لأن المحالَّ مستوية، فعبَّروا عن المقعدة³ بالدرهم لاستقباحهم ذكرها في محافلهم، ولما كان قدر الدرهم محتماً للوزن والمساحة، فصَّله بقوله: (وَرِزْنَا إِنْ كَانَ) النجس (كثيفًا، وَمَسَاحَةً إِنْ كَانَ مَائِعًا).

أصل هذا الكلام: أن الرواية عن محمد اختلفت في الدرهم:

[1]. تارة اعتبره من حيث الوزن، وهو قدر الدرهم الكبير المثقال.

[2]. وتارة اعتبره من حيث المساحة، وهو قدر عرض الكف ما وراء مفاصل الأصابع.

فوقَّ أبو جعفر الهندواني بين كلاميه بما ذكر في المتن: (مِنْ نَجَاسَةٍ مُعَلَّطَةٍ) بيان لـ«ما» الموصولة (كَبُولٍ) أراد به: بول ما لا يؤكل؛ لأن بول ما يؤكل مختلف فيه، سيجيء عن قريب. وفي «المصنفى»: من البول ما هو طاهر كبول الخفاش.

ولما كان الوهم ذاهبًا إلى أن بول صغير لم يطعم يكون طاهرًا، أردفه بقوله: (وَلَوْ مِنْ صَغِيرٍ لَمْ يَطْعَمْ وَعَانِطٍ) وهو المطمئن من الأرض، فاستعمل للحدث مجازًا، (وَدَمٍ، وَخَمْرٍ، وَبُفْحَشٍ خَفِيفَةٍ). هذا معطوف على قوله: «بما فوق درهم»، يعني: نمنع الصلاة بنجاسة خفيفة إذا فحشَتْ.

وفحشها: أن يستكثرها الناظر.

وعن أبي يوسف: أن يكون ذراعًا في ذراع.

وفي «شرح الأقطع»: الفحش عند أبي حنيفة ومحمد في الثوب: أن يصل ربعه.

قيل: المراد به: جميع ثوب عليه.

وقيل: أدناه، وهو ما تجوز فيه الصلاة كالمئزر.

وقيل: قطعة منه كالكم والدخريص والذيل الذي يفهم من قولهم: «فلان شمَّر الذيل».

ولو أصاب الثوب دهن نجس قليل، فانبسط، فاحشًا، فمختار الإمام المرغيناني: أنه لا يمنع عن الصلاة، كذا في «التبيين».

(لَا مُطْلَقًا) يعني: النجاسة التي يمكن الاحتراز عنها مانعة عند الشافعي، قليلة كانت أو كثيرة، معلَّطة كانت أو خفيفة؛ لأن

النص الموجب للتطهير لم يفصل بين القليل والكثير.

¹ صحيح البخاري، المساجد 23؛ سنن أبي داود، الصلاة 24؛ سنن الترمذي، الصلاة 236.

² قال ابن حجر في الدراية، 92/1: لم أره مرفوعًا. وإنما هو عند ابن أبي شيبة من قول محمد بن الحنفية وأبي قلابة. وانظر: مصنف ابن أبي شيبة، 431/1.

³ د: المفعول.

قيدها بـ«إمكان الاحتراز»؛ لأن ما لا يمكن كدم البراغيث والنجاسة الحاصلة من وقوع الذباب النجسة [19] على الثوب لا يَمْنَعُ اتفاقاً.

(وَالتَّخْفِيفُ وَالتَّغْلِيطُ بِتَعَارُضِ النَّصِّينِ وَعَدَمِهِ) وفيه لف ونشر، يعني: إذا ورد نصٌّ في نجاسة شيء، ونصٌّ آخر في طهارته يرجح دليل النجاسة؛ لكن معارضة ذلك النص تؤثر في تخفيف نجاسته. وإذا لم يعارضه نصٌّ يكون نجاسة مغلظة. هذا هو الحكم عند أبي حنيفة.

مثال المخففة: بول ما يؤكل لحمه، فإن قوله صلى الله عليه وسلم: «استنزها البول»¹ يدل على نجاسته، وحديث العرينين يدل على طهارته، وهو ما روي: «أن قوماً من عُرْتَةِ مَرَضُوا في المدينة، فأمرهم النبي صلى الله عليه وسلم بأن يلحقوا المرعى، ويشربوا من أبوال الإبل وألبانها».²

(وَقَالَا: بِالِاخْتِلَافِ وَعَدَمِهِ) يعني: إذا اختلف العلماء في نجاسة شيء، وطهارته يكون مخففة. وإذا اتفقوا على نجاسته يكون مغلظة.

وفائدة الخلاف: تظهر في الروث، فإنه عند أبي حنيفة مغلظة، لما روي: «أنه صلى الله عليه وسلم ألقى الروث، وقال: إنها ركس»³، ولم يعارضه نص آخر.

وعندهما: مخففة لاختلاف العلماء فيه، فإن مالكاً يرى طهارته لعموم البلوى، بخلاف بول الحمار، فإنه نجس مغلظ؛ إذ لا ضرورة فيه، فإن الأرض تُنثَّفه.

لهما: أن الاجتهاد حجة في وجوب العمل، فمعارضته تدل على ضعف حكمه، فصار كما إذا عارضه نص آخر.

وله: أن النص حجة بلا خلاف، واختلاف العلماء لا يؤثر في النص، وإذا لم يؤثر يكون حكم النص كالمجمع عليه، فلا يصير مخففة. هكذا قرّر المصنف تعليل الأصلين في «شرحه» من الطرفين.

أقول: لاح لي هنا اشتباه؛ لأن النصَّ الوارد في نجاسة شيء إذا ضَعُفَ حكمه بمخالفة الاجتهاد له، وثبت به التخفيف عندهما، فضعفه إذا خالفه نص آخر يثبت بالأولوية يشعر به قوله في «شرحه»: «فصار كما إذا عارضه نص آخر». فهذا يقتضي أن يكون التخفيف بتعارض النصين اتفاقياً. وإنما يتحقق الخلاف في ثبوت التخفيف بالاختلاف، فعندهما: يثبت، وعنده: لا يثبت. وعبارة المصنف قاصرة عن هذا المعنى.

فإن قلت: قصورها ممنوع لما تقرّر في علم المعاني: أن المبتدأ المعرفَ بلام الجنس يفيد الحصر، فاللام في الاسمىة للجنس، فيكون المعنى: جنس تخفيف النجاسة وتغليظها منحصر بتعارض النصين وعنده، وغير منحصر عندهما؛ بل يثبت بالاختلاف وعنده؟

قلت: لا يصح هذا أيضاً؛ لأن جنس التخفيف غير منحصر بالتعارض عنده؛ بل يثبت لعموم البلوى كخبر الطيور المحرّمة. فغاية توجيه الكلام في تصحيح هذا المقام أن يقال: إن الإمامين لم يعتبروا في التخفيف تعارض النصين، واعتبرا تجاذب الاجتهاد من الطرفين، فيحمل قول المصنف في «شرحه» على أنه أراد منه كما إذا عارضه نص آخر عندك. ففيه أيضاً اشتباه؛ لأنهما مع اعترافهما أن النص أقوى من الاجتهاد، فاعتبارهما مخالفة الضعيف دون القوي لا يخلو من استبعاد.

(وَيُلْحَقُ) أبو يوسف (بِالتَّخْفِيفِ لُعَابِ البُعْلِ وَالحِمَارِ)، حتى إذا فُحِشَ في الثوب يمنع الصلاة؛ لأنه تولد من لحم نجس؛ لكن يخف حكمه؛ لثبوت الضرورة في الاحتراز عنه.

¹ مسند عبد بن حميد، ص 215؛ المعجم الكبير، 79/11-84؛ سنن الدارقطني، 232/1.

² صحيح البخاري، الوضوء 66؛ صحيح مسلم، القسامة 9.

³ صحيح البخاري، الوضوء 20؛ سنن الترمذي، الطهارة 13؛ سنن النسائي، الطهارة 38.

(وَطَهَّرَاهُ) أي: حَكَمًا بأنه طاهر، فلا يمنع الصلاة؛ لأن لعابهما مشكوك في طهوريته أو في طهارته، وعلى التقديرين لا يتنجس به ما كان طاهرًا قبله بلا شك، وهو الثوب، كذا في «شرح المصنف».

أقول: المفهوم منه ومن «المنظومة»: أن الخلاف بينهم في أن لعابهما إذا فُحِشَ يمنع عنده، ولا يمنع عندهما. فعلى هذا كان المناسب أن يقول: ويمنع بلعاب البغل والحمار إذا فُحِشَ، حتى لا يحتاج إلى الإرداف على أن قوله: «وطهراه» لا يستقيم على تقدير أن يكون مشكوكًا في طهارته.

(وَطَهَّرَهُ) محمد (بَوَلِ الْفَرَسِ) لما مرَّ من حديث العرنيين، ولو كان نجسًا، لَمَا أمرهم به.

(وَحَقَّقَاهُ)؛ لتعارض النصين فيه، وهما قوله صلى الله عليه وسلم: «استنزها البول»،¹ والحديث الدال على طهارة بول المأكول والفرس مباحٌ أكله على أصل أبي حنيفة، ولاختلاف العلماء فيه على أصل أبي يوسف. واعلم: أن المذكور في «المنظومة» في مقالة محمد: وَطَاهَرُ بَوُلُ اللواتي يُوَكَّلُ، فلو قال المصنف: «وطهَّر بول المأكول»، لكان أشمل.

(وَشَرِبَ بَوُلُ مَأْكُولٍ حَرَامًا) عند أبي حنيفة؛ لأنه نجس.

(وَيُجِيزُهُ) أي: أبو يوسف شرب بول مأكول وإن كان نجسًا (لِلتَّداوِي) لما سبق من حديث العرنيين.

قيل: هذا إذا لم يتعين للتداوي. أما إذا عَلِمَ الشفاء فيه يقينًا يحل اتفاقًا، كما تحل الخمر لدفع العطش المفرط، من «المصنف».

(لَا مُطْلَقًا) يعني: عند محمد: يجوز شربه للتداوي ولغيره؛ لأنه طاهر عنده.

(وَنَجَاسَةُ الْأُرَوَاتِ غَلِيظَةٌ) عند أبي حنيفة؛ لعدم تعارض النصين فيه، ومخففةٌ عندهما لاختلاف العلماء فيها. وقد سبق بيانه قريبًا.

(وَوَطَّرَدْنَا الْحُكْمَ فِي الْمَأْكُولَةِ) يعني: قلنا: أرواثٌ مأكولة اللحم غليظةٌ عنده، وخفيفةٌ عندهما. وقال زفر: / [19ظ] روث ما

يُوَكَّل لحمه خفيفةٌ، وروث ما لا يُوَكَّل غليظةٌ.

له: أن أبوال المأكولة كانت مخففةً، فأرواثها تكون كذلك.

ولأبي حنيفة وصاحبيه: ما مرَّ من الدليل.

(وَحُرَّةٌ طَيْرٌ مُحَرَّمَةٌ) أي: أكلها مثل البازي ونحوه (خَفِيفٌ) عند أبي حنيفة؛ لأنها تُدْرَقُ من الهواء، والتحمي عنها متعلِّرٌ.

(وَعَكْسًا فِيهِمَا) أي: في هذه المسألة ومسألة الأرواث، يعني: قالوا: نجاسة الأرواث خفيفة، وخرء طيور محرمة غليظة.

قيد بـ«المحرمة»؛ لأن خرة بعض الطيور الغير المحرمة طاهرٌ اتفاقًا، مثل: الحمام والعصفور، وخرء بعضها نجاسةٌ غليظةٌ اتفاقًا، كالديج والبط والإوز.

اعلم: أن تغليظ خرة الطيور المحرمة مشكِّل على قولهما، لما سبق من أن اختلاف العلماء يُورث التخفيف عندهما. وقد

تحقق فيه الاختلاف، فإنه طاهر في رواية الكرخي عن أبي حنيفة وأبي يوسف.

(وَعَلَّظَهُ فِي رِوَايَةٍ) يعني: اتحد الروايات عن محمد أن خرة الطيور المحرمة مغلظة؛ لأنه مستحيل إلى تننٍ وفسادٍ، فأشبهه خرة

الديج.

إنما أورد ذكر قوله مع أنه كان معلومًا من قوله: «وعكسا»؛ ليرد عليه قوله: (وَطَهَّرَاهُ) يعني: روى الكرخي: أن خرة الطيور

المحرمة طاهرٌ عند أبي حنيفة وأبي يوسف؛ لأن صيانة الأواني عنه متعلِّرة، فسقط اعتبار نجاسته.

وقيل: الأصح الرواية السابقة، وهي رواية الهندي من أنه نجسٌ؛ لكنه خفيف عند أبي حنيفة، وغليظ عندهما.

¹ مسند عبد بن حميد، ص 215؛ المعجم الكبير، 11/79-84؛ سنن الدارقطني، 1/232.

(وَنُطِّهَرُهُ مِنْ مَأْكُولِيهَا) أي: الخبز من مأكول الطيور كالحمام طاهرٌ عندنا؛ لأنها تَدْرُقُ من الهواء، والتوقي عن ذلك حرجٌ، فلا يكون نجسًا، (إِلَّا الْبَطُّ، وَالِدَّجَاجُ، وَالْإَوْزُ). فإن خبزها نجسٌ؛ لأن التحامي عنه ممكن. وقال الشافعي: خبز المأكول من الطيور نجسٌ، لإحالة الطبع إياه إلى الفساد.

(وَيُبَيِّضُهَا الضَّعِيفَ الْقَشْرَ بَعْدَ الْمَوْتِ) يعني: نُطِّهَرُ بِيضَ الطيور المأكولة إذا ماتت، فأخرج من بطنها بيض لم يشتد قشره، كما لو أخرج قبل الموت، فيحل أكله. وقال الشافعي: هو غير طاهر؛ لأنه رطوبية من الميتة، فالتَّحَقَّ بباقي أجزائها. (وَأَنْفَحَةُ الْمَيْتَةِ) مبتدأ، وخبره محذوف، وهو: طاهرة بقريته قوله: (وَلَبَنُهَا طَاهِرٌ). إنفحة: بكسر الهمزة وفتح الفاء مَحْفَنَةٌ كَرَشِ الْجَدْيِ، أو الحمل الصغير ما لم يأكل، يقال لها: بالفارسية يَبْيَرُ مَائِهِ، يعني: إنفحة الميتة جامدة كانت أو مائعة طاهرة عند أبي حنيفة، وكذا لبنها.

أما الإنفحة الجامدة، فلأن الحياة لم تحل فيها. وأما المائعة واللبن، فلأن نجاسة محلها لم يكن مؤثرة فيهما قبل الموت، ولهذا كان اللبن الخارج من بَيْنِ فَرْثٍ ودم طاهر، فلا يكون مؤثرة بعد الموت.

(وَقَالَا: نَجَسٌ) يعني: قالوا: إنفحة الميتة مطلقًا نجسة، ولبنها أيضًا نجسٌ؛ لأن تنجس المحل يوجب تنجس ما فيه.

(وَنُطِّهَرُ الْجَامِدَةُ بِالْعَسَلِ). قيد بـ«الجامدة»؛ لأن المائعة لا يطهر بالعسل عندهما، كذا في «شرح المصنف».

أقول: لا حاجة إلى إرداف قولهما؛ لأنه في طرف النفي من قوله: «طاهر»، ولو قال: «وقالوا: يطهر الجامدة بالعسل»، لكان كافيًا. لاح لي اشتباه آخر، وهو أن المائعة إن كانت مما ينعصر كانت ينبغي أن تطهر، وإن كانت مما لا ينعصر. فكذا عند أبي يوسف لما سبق من أن غير المنعصر عنده يطهر بالعسل والتجفيف ثلاثًا.

(وَيُكْرَهُ اسْتِقْبَالُ الْقِبْلَةِ، وَاسْتِدْبَارُهَا فِي الْخَلَاءِ) وهو بالمد: بيت التغوط، وبالقصير: رطب الحشيش. ثبت هذا بقوله صلى الله عليه وسلم: «إذا أتيتم الغائط، فلا تستقبلوا القبلة، ولا تستدبروها».¹

وفي «النهاية»: كما يكره ذلك يكره للمرأة أن يُمَسِكَ وَلَدَهَا نحو القبلة لبيول. وهذا كله إذا كان ذاكراً للقبلة. ولو غفل عن ذلك، ففقد حاجته، فلا بأس به. هذا إذا استقبل للحدث، وإن استقبل لإزالته فغير مكروه، كذا في «الأجناس».

قال فخر الإسلام: في استدبارها روايتان عن أبي حنيفة. وذكر أخوه صدر الإسلام جواز الاستدبار إذا كان ذبله ساقطاً على الأرض. وأما إذا كان مرفوعاً، فينبغي أن يكون مكروهاً؛ لأن عورته إلى القبلة.

(وَيُسْنُ الْأَسْتِنْجَاءُ بِالْحَجَرِ وَنَحْوِهِ) مما يقوم مقامه في التنقية؛ لمواظبة النبي صلى الله عليه وسلم عليه.²

وكيفيته: أن يأخذ الذكر بشماله، ويُمِرُّه على جدارٍ أو حجرٍ، ولا يأخذه بيمينه وإن اضطر يأخذه بيمينه، ولا يحركه، حتى لا يكون الاستنجاء باليمين. وأما الاستنجاء بالماء، فليس بسنة؛ بل أدب؛ لأنه صلى الله عليه وسلم فعله مرة،³ وتركه أخرى. وهذا هو حد الأدب.

وعن الحسن البصري: أنه سنة أيضًا؛ لأن الناس اليوم يُتَلَطَّوْنَ، وفي الزمان الأول كان يُبْعَثُونَ بعزًا.

(لَا بَعْظُمٌ، وَرَوْثٌ، وَمَطْعُومٌ، وَبِالْيَمِينِ)؛ لورود [20] النهي عن الاستنجاء بهذه الأشياء. ولو استنجى بها يجزئه عندنا،

خلافًا للشافعي.

(وَنَعْتَبِرُ) في الاستنجاء (الْإِنْقَاءَ لَا التَّثْلِيثَ) يعني: إذا حصل النقاء بحجرٍ واحدٍ يكون مقيمًا للسنة عندنا. وقال الشافعي:

لا يكون؛ بل لا بد من ثلاثة أحجار أو من حجر.

¹ صحيح البخاري، القبلة 2؛ صحيح مسلم، الطهارة 59.

² صحيح البخاري، الوضوء 20؛ سنن الترمذي، الطهارة 13؛ سنن النسائي، الطهارة 38.

³ صحيح البخاري، الوضوء 15؛ صحيح مسلم، الطهارة 69.

له: ثلاثة أحرف حتى لو تركه لم تجز صلاته لقوله صلى الله عليه وسلم: «من استنجى منكم، فليستنج بثلاث أحجار»¹ والأمر للوجوب.

ولنا: قوله صلى الله عليه وسلم: «من استجمر² فليوتر، فمن فعل فحسن، ومن لا فلا حرج»³، فما ذكر من الثلاثة فيما رواه، فمحمول على الغالب، والأمر فيه للاستحباب.

(وَيُقَصِّلُ الْغُسْلُ)؛ لأن الماء يقلع النجاسة بالكيفية، والحجر يخففه.

وفي «الخانية»: هذا إذا أمكنه من غير كشف العورة، وإلا فبالحجر أفضل.

(وَيَتَعَيَّنُ بِمُجَاوَزَةِ الْمَحَلِّ) يعني: إذا تجاوز النجاسة عن مخرجها وجب غسلها.

وفي «التبيين»: هذا إذا كان المتجاوز أكثر من قدر الدرهم. وإن كان قدر الدرهم: لا يجب غسله، ولا يمنع من الصلاة؛ لأن المخرج كالباطن عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وما عليه ساقط العبارة يزيد على الدرهم أو لا. وعند محمد: المخرج كالخارج، فإن كان ما فيه زائداً على الدرهم يمنع، وإن كان أقل، وكان في موضع آخر من بدنه نجاسة يُجْمَعُ، فإن كان المجموع أكثر من قدر الدرهم يَمْنَعُ، وإلا فلا.

وفي «القنية»: إذا أصاب المخرج نجاسةً من خارج أكثر من قدر الدرهم، فالصحيح أنه لا يطهر إلا بالغسل.

(كتاب الصلاة)

لما فرغ من بيان الطهارات⁴، شرع في بيان أوقات الصلاة؛ لأنها أسباب لنفس وجوبها. وأما وجوب أدائها، فتأيت بالأمر. وفرق بينهما: بأن الوجوب: عبارة عن شغل الذمة. ووجوب الأداء: عبارة عن طلب تفرغ الذمة. ومحل بسطه أصول الفقه. بدأ ببيان وقت الفجر؛ لأنه أول النهار، أو لأنه وقت لا اختلاف في أوله ولا في آخره. إنما بدأ محمد في «الجامع الصغير» بصلاة الظهر؛ لأنها أول صلاة فُرِضَتْ على النبي صلى الله عليه وسلم وعلى أمته بعد وقت القيلولة عادةً، وللناس فيما يعشقون مذاهب.

[1] [يَدْخُلُ الصُّبْحُ بِالْفَجْرِ الصَّادِقِ] وهو البياض المنتشر في الأفق. احترز به عن الكاذب، وهو ما يبدو في الأفق طويلاً، ويتعقبه ظلام، ولهذا سمي كاذباً، (وَيَمْتَدُّ إِلَى طُلُوعِ الشَّمْسِ) لما روي: أنه صلى الله عليه وسلم قال: «وقت الفجر حين يطلع الفجر، وآخره حين تطلع الشمس»⁵.

[2] [وَالظُّهُرُ] أي: يدخل وقت صلاة الظهر (بِرِوَالِهَا) أي: بزوال الشمس عن الاستواء. وأصح ما قيل في طريق معرفته: أن يغرز خشبة في مكان مستوٍ يجعل على مبلغ الظل علامةً، فما دام الظل ينتقص منها، فهو قبل الزوال. وإذا وقف فهو في الزوال. فإذا أخذ الظل في الزيادة عُلِمَ أن الشمس قد زالت، كذا في «المبسوط». أقول: في إضافة الفيء إلى الزوال تسامح؛ لأنه أراد به: فيء قبيل الزوال. والأيسر منه ما روي عن محمد: أن يقوم الرجل مستقبل القبلة، فإذا صار الشمس على حاجبه الأيمن عُلِمَ أن الشمس قد زالت.

[3] [وَيَمْتَدُّ إِلَى الْعَصْرِ، وَهُوَ] أي: العصر عند أبي حنيفة (بِصَيْرُورَةِ الظِّلِّ مِثْلَيْنِ غَيْرَ فِيءِ الزَّوَالِ. وَقَالَ: مِثْلًا) أي: يدخل وقت العصر بصيرورة الظل مثلاً (إِلَى غُرُوبِهَا) وهو رواية عن أبي حنيفة.

لهما: قوله صلى الله عليه وسلم: «أَمَّنِي جَبْرِيلُ، وَصَلَى بِي الْعَصْرُ فِي الْيَوْمِ الْأَوَّلِ حِينَ صَارَ ظِلُّ كُلِّ شَيْءٍ مِثْلَهُ»⁶.

¹ لم نجد بهذا اللفظ. وانظر: المعجم الكبير، 174/4؛ سنن الدارقطني، 84/1.

² في هامش ح: أي: استنجى.

³ سنن أبي داود، الطهارة 19؛ سنن ابن ماجه، الطهارة 23. وانظر أيضاً: صحيح البخاري، الوضوء 24، 25؛ صحيح مسلم، الطهارة 22.

⁴ ح: الطهارة.

⁵ سنن الترمذي، الصلاة، 114؛ مسند أحمد بن حنبل، 232/2.

⁶ مصنف عبد الرزاق، 531/1؛ مسند أحمد بن حنبل، 330/3؛ شرح معاني الآثار للطحاوي، 146/1.

وله: أن أول الظهر مُتَيَّنٌ، ووقع الشك في آخره، لتعارض فيه لما روي: «أنه صلى الله عليه وسلم صلى العصر حين صار ظل كل شيء مثليه»¹. فلا يخرج الظهر المُتَيَّنُّ بالعصر المشكوك؛ بل بما هو عصر بيقين، وهو حين صار ظل كل شيء مثليه أخذًا بالاحتياط.

إنما استثنى فيء الزوال؛ لأنه قد يكون مثلًا في بعض المواضع في الشتاء، وقد يكون مثلين. فلو اعتبر المثل من عند ذي الظل، لما وجد الظهر عندهما ولا عنده. هذا في المواضع التي لا يسامت الشمس رؤوس أهلها؛ لأن المواضع التي يقع فيها المسامطة² يقدر المثل من عند ذي الظل.

روى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة: أن الظهر يخرج بصيرورة ظل كل شيء مثله، ويدخل العصر بصيرورته مثليه، فيكون بينهما وقت مهمل، وهو الذي يسميه الناس بما بين الصلاتين. وقالوا: الاحتياط أن يصلي الظهر قبل صيرورة الظل مثله، ويصلي العصر حين يصير مثليه؛ ليكون الصلاتان في وقتها.

[4.] (وَالْمَغْرِبُ بِهِ) أي: يدخل المغرب بغروب الشمس اتفاقًا، ويمتد عندنا (إِلَى غَيْبِ الشَّفَقِ، وَهُوَ الْبَيَاضُ) الذي يعقب الحمرة عند أبي حنيفة، لقوله صلى الله عليه وسلم: «وآخر وقت المغرب إذا اسودَّ الأفق»³. (وَقَالَ: الْحُمْرَةُ) لما روي: أنه صلى الله عليه وسلم قال: «الشفق هو الحمرة»⁴، (وَهِيَ رَوَايَةٌ) عن أبي حنيفة، (وَعَلَيْهَا الْفَتْوَى).

قيل: قول أبي حنيفة أحوط، وقولها أوسع. (وَلَمْ نَقْدِرْ وَقْتَهَا) أي: وقت صلاة المغرب (بِفِعْلِهَا مَعَ شُرُوطِهَا، وَسُنَنِهَا). وقال الشافعي: وقت المغرب مقدار ما يقع فيه خمس ركعات بعد وضوء، وأذان، وإقامة، وستر عورة، حتى لو صلى بعد هذا [20ظ] المقدار يكون قاضيًا لا مُؤَدِّيًا. له: إمامة جبريل في اليومين في وقت واحد.

ولنا: قوله صلى الله عليه وسلم: «آخر وقت المغرب حين يغيب الشفق»⁵. [5.] (وَالْعِشَاءُ وَالْوَتْرُ بِهَا) أي: يدخل وقت العشاء والوتر بغيبوبة الشفق على الاختلاف السابق، ويمتد (إِلَى الْفَجْرِ) لقوله صلى الله عليه وسلم: «آخر وقت العشاء حين يطلع الفجر»⁶. (وَلَا نَجْمَعُ لِسَفَرٍ أَوْ مَطَرٍ) يعني: الجمع بين صلاتي الظهر والعصر، وبين صلاتي المغرب والعشاء لعذر سفر أو مطر غير جائز عندنا خلافًا للشافعي.

له: ما روي: «أنه صلى الله عليه وسلم جمع بين الظهر والعصر في سفره بتبوك، وجمع بينهما وبين المغرب والعشاء بالمدينة»⁷.

ولنا: الأحاديث المبيّنة أول كل وقت، وآخره الدالة على اختصاص كل صلاة بوقتها. وفي «الحقائق»: السفر الذي لا يقصر فيه الصلاة لا يجوز الجمع فيه في أصح قولي. وأما المطر، فمعتبر عند دخول الوقت، حتى لو دخل الوقت، ثم أمطر لا يجوز الجمع. والمراد: مطر يبل الثياب، وإلا لا يجوز. قيّد به؛ لأن الجمع للوحل والريح والظلمة والمرض لا يجوز اتفاقًا. (وَنَفْصِلُ الْإِسْفَارِ بِالْفَجْرِ) لقوله صلى الله عليه وسلم: «أسفروا بالفجر، فإنه أعظم للأجر»⁸؛ لكن التغليس أفضل للحجاج يوم مزدلفة، سيحيى بيانه.

¹ مصنف عبد الرزاق، 531/1؛ مسند أحمد بن حنبل، 333/1؛ 330/3؛ شرح معاني الآثار للطحاوي، 146/1.

² المسامطة بمعنى: المقابلة والموازاة. الموسوعة الفقهية الكويتية، 61/4.

³ نصب الراية للزيلعي، 234/1. ولفظ «ويصلي العشاء حين يسود الأفق» وانظر: سنن أبي داود، الصلاة، 2؛ مصنف ابن أبي شيبة، 153/3؛ صحيح ابن خزيمة، 181/1.

⁴ سنن الدارقطني، 506/1. وقال ابن خزيمة: ولم يثبت علميا عن النبي صلى الله عليه وسلم أن الشفق الحمرة. انظر: صحيح ابن خزيمة، 183-184.

⁵ نصب الراية للزيلعي، 230/1. وبمعناه انظر: صحيح مسلم، صلاة المسافرين، 48؛ سنن أبي داود، السفر، 5.

⁶ نصب الراية للزيلعي، 234/1.

⁷ للقسم الأول: سنن أبي داود، السفر، 5؛ سنن ابن ماجه، إقامة الصلاة، 74. وللقسم الثاني، صحيح مسلم، صلاة المسافرين، 57.

⁸ سنن الترمذي، الصلاة، 117؛ مسند أحمد بن حنبل، 142/4، 143.

وحد الإسفار: أن يبدأ الصلاة في وقت، حتى لو صلاها بقراءة مسنونة ما بين أربعين آية إلى ستين، وظهر له سهو في طهارته يمكنه أن يتوضأ ويعيد الصلاة.

وقيل: حدُّه؛ أن لا يقع له الشك في طلع الشمس. والمفضَّل عند مشايخنا: أن يبدأ بالإسفار، ويختتم به.

ومختار الطحاوي: أن يبدأ بالتغليس، ويختتم بالإسفار، وهذا اختيار حسن.

(وَالْإِبْرَادُ بِالظُّهْرِ فِي الصَّيْفِ) لقوله صلى الله عليه وسلم: «أردوا بالظهر»¹. وفيه إشارة إلى أن المفضَّل تعجيل الظهر في الشتاء عندنا، لما روي: «أنه صلى الله عليه وسلم كان يعجله في الشتاء»² (مطلقاً)، أي: سواء كان يصلي الظهر وحده أو بجماعة. وقال الشافعي: إن كان يصلي الظهر وحده يعجلها، وإن كان يصلي بجماعة يؤخرها تيسيراً. وكذا يبرد الجمعة. وفي رواية عنه: لا يبردها لشدة الخطر في فواتها. هذا هو المفهوم من «شرح المصنف».

أقول: على هذا كان ينبغي أن يبيِّن مذهبه بالإرداف بأن يقول: لا بجماعة.

(وَتَأْخِيرَ الْعَصْرِ) في الصيف والشتاء (مَا لَمْ تَتَّعَيَّرِ الشَّمْسُ) لما روي: «أنه صلى الله عليه وسلم كان يؤخر العصر، ويصليها ما دامت الشمس بيضاء نقية»³.

قيل: المراد به: تَعَيَّرَ ضَوْئُهَا وقت صفاء الهواء. والصحيح: أن يراد به تَعَيَّرَ قَرَصُهَا، بحيث لا يتحَيَّرَ فيه البصر، كذا في «الكفاية».

وذكر في «الغاية»: المراد به تأخير الشروع لا الأداء؛ لأنه إذا شرع قبل تَعَيَّرَ القرص، فأخر أدائه إلى التَعَيَّرَ لا يكره؛ لأن الاحتراز عن الكراهة مع الإقبال على الصلاة متعذر، فَجُعِلَ عَفْوًا.

(وَتَعْجِيلَ الْمَغْرِبِ) لقوله صلى الله عليه وسلم: «بادروا بالمغرب قبل اشتباك النجوم»⁴ أي: كثرتها.

وفي «الأسرار»: تعجيل الصلاة أدائها في النصف الأول من وقتها.

(وَتَأْخِيرَ الْعِشَاءِ إِلَى مَا قَبْلَ الثَّلَاثِ) أي: ثلث الليل، هكذا وقع في عبارة «القدوري». وهذه تدل على أنه لا يستحب تأخيرها إلى ثلث الليل.

وعبارة «الكنز»: «ونذب العشاء إلى الثلث» بدل على «أن تأخيرها إليه مستحب».

والتوفيق: بأن يكون التأخير إلى الثلث مستحباً في الشتاء، وإلى ما قبله في الصيف لغلبة النوم فيه. وأما التأخير إلى نصف الليل فمباح، وإلى آخره فمكروه.

(لَا التَّقْدِيمَ مُطْلَقًا) يعني: قال الشافعي: يستحب أداء كل صلاة في أوَّل وقتها، لقوله صلى الله عليه وسلم: «أوَّل الوقت رضوان الله، وآخره عفو الله، والعفو يتبع التقصير»⁵.

ولنا: أن في التأخير فضيلة انتظار الصلاة، وتكثير الجماعة ونحوهما، والعفو يجيء بمعنى الفضل، كما قال الله تعالى: ﴿وَيَسْأَلُونَكَ مَاذَا يُنْفِقُونَ قُلِ الْعَفْوَ﴾ [البقرة، 219/2] يعني: أنفقوا ما فضل عن قوتكم وقوت عيالكم. فمعنى الحديث: أن في آخر الوقت فضل الله كثير، وثواب الأداء فيه وفير.

أقول: وقت المغرب وقع معياراً لصلاته مع شروطها عند الشافعي، فلا يستقيم التقديم فيه إلا بأن يقال: إنه محمول على التغليب؛ لأن التقديم موجود في الأوقات الأربع.

(وَيُسْتَحَبُّ فِي يَوْمِ الْغَيْمِ) أي: السحاب (تَأْخِيرُ الْفَجْرِ)؛ لئلا يقع الأداء قبل وقته، (وَالظُّهْرِ وَالْمَغْرِبِ)؛ خوفاً من وقوعهما وقت الزوال والغروب، (وَتَعْجِيلُ الْعَصْرِ)؛ لأن في تأخيرها توهم الوقوع في الوقت المكروه، ولا توهم في الفجر؛ لأن تلك المدة مديدة، (وَالْعِشَاءِ)؛ لأن في تأخيرها تقليل الجماعة.

¹ صحيح البخاري، مواقيت الصلاة 8؛ سنن النسائي، المواقيت 5.

² شرح معاني الآثار للطحاوي، 187/1؛ المبسوط للسرخسي، 139/1 بمعناها.

³ سنن أبي داود، الصلاة 5.

⁴ المبسوط للسرخسي، 139/1.

⁵ سنن الدارقطني، 468/1، 469 بدون لفظ «والعفو يتبع التقصير»، وقال الزيلعي في نصب الراية (243/1): «وأحاديث أول الوقت رضوان الله، وآخره عفو الله كلها ضعيفة».

وعن أبي حنيفة: [21و] التأخير مستحب في جميع الأوقات في يوم الغيم، وهذا أحوط؛ لأن الأداء جائز بعد الوقت لا قبله.

(وَيُؤْتِرُ) أي: يصلي الوتر (الْمَتَهَجِدُ) وهو من يألف صلاة الليل (آخِرَ اللَّيْلِ)، وهو مفعول «يوتر» بتقدير «في» (إِنْ وَثِقَ بِالْأَنْبِيَاءِ) قيّد به؛ لأنه لو لم يعتمد من نفسه بالانتباه أوتر قبل النوم؛ لما روي: أنه صلى الله عليه وسلم قال لأبي بكر: «متى توتر؟ قال: أوّل الليل بعد العتمة، فقال صلى الله عليه وسلم له: «أخذت بالثقة، ثم قال لعمر: متى توتر؟ قال: آخر الليل، فقال صلى الله عليه وسلم: أخذت بالفضل».

(وَلَا نَقْتُلُ تَارِكَهَا) أي: تارك الصلاة (عَمْدًا غَيْرَ جَاهِدٍ) أي: عامدًا غير منكر وجوبها. وقال الشافعي: يقتل.

قيّد بهما؛ لأنه لو كان ساهيًا لا يقتل اتفاقًا، أو كان منكرًا وجوبها يقتل اتفاقًا إن لم يتب.

له: قوله صلى الله عليه وسلم: «من ترك الصلاة متعمدًا، فقد كفر»،¹ أي: استحق عقوبة الكافر، فيقتل تاركها حدًا، ويوضع في مقابر المسلمين.

قيل: إنما يقتل إذا ترك الصلاة الرابعة؛ لأن ما دونها لا يعلم أن تركه للتهاون أم لا، والصحيح من مذهبه: أنه يقتل بصلاة واحدة، كذا في «الوسيط».

وإنما خص به الصلاة دون الصوم؛ لأنها ثمانية الإيمان، لقوله تعالى: ﴿الَّذِينَ يُؤْمِنُونَ بِالْغَيْبِ وَيُقِيمُونَ الصَّلَاةَ﴾ [البقرة، 1/2].

ولنا: قوله صلى الله عليه وسلم: «لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى معان ثلاث: كفر بعد إيمان، وزنا بعد إحصان، وقتل نفس بغير حق»،² وترك الصلاة ليس من جملتها.

(وَنَحْكُمُ بِإِسْلَامِهِ لِأَقْبَاتِهِ) يعني: الكافر إذا صلى بجماعة يحكم بإسلامه عندنا. وقال الشافعي: لا يحكم.

قيّد بـ«جماعة»؛ لأنه لو صلى منفردًا لا يحكم بإسلامه إلا في رواية عن أبي حنيفة، كذا في «الأسرار».

وقيّد بـ«الصلاة»؛ لأن الكافر بالصوم والزكاة والحج لا يحكم بإسلامه اتفاقًا؛ لأنها غير مختصة بالإسلام.

له: أن الإيمان اعتقاد بالقلب، ولا وقوف عليه إلا بالدليل، والصلاة لم توضع دليلًا عليه.

ولنا: قوله صلى الله عليه وسلم: «من صلى صلاتنا، واستقبل قبلتنا، فهو مِنَّا»،³ أراد بقوله: «صلاتنا»: الصلاة بالجماعة؛

لأن الصلاة منفردًا موجودة فيمن قبلنا من الكفرة.

(فصل) في الأوقات التي تكره فيها الصلاة

(وَتَكْرَهُ) الصلاة (مَعَ الشَّرُوقِ) أي: طلوع الشمس (وَالْأَسْتِوَاءِ وَالْغُرُوبِ)؛ لما ثبت «أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن

الصلاة في هذه الأوقات».⁴

ذكر في «الأصل»: ما لم ترتفع الشمس قدر رمح، فهي في حكم الطلوع.

(إِلَّا عَصَرَ الْيَوْمِ) هذا الاستثناء منقطع إن قدر أن ضمير «تكروه» عائد إلى النوافل، ومتصل إن قدر عوده إلى الصلاة مطلقًا؛

لكن على هذا التقدير لا يصح معنى الكراهة في حق الفرائض؛ لأن المكروه يكون جائزًا، وقضاء الفائضة غير جائز في هذه الأوقات.

وعلى التقديرين لا يستقيم الاستثناء؛ لأن عصر اليوم في الغروب مكروهة.

وإنما يستقيم على رواية «الإيضاح» و«المحيط» من أن أداء العصر غير مكروه؛ لأن أداءها مأمور به، والمكروه لا يؤمر به؛

بل المكروه تأخيرها، أو يراد من الكراهة الترك مجازًا، فيكون المعنى: وتترك الصلوات فرضًا كانت أو نفلًا في هذه الأوقات، إلا عصر

اليوم، فإنها لا تترك؛ بل يصلي مع النقصان.

وكذا صلاة الجنائز وسجدة التلاوة يؤدي مع النقصان إذا حضرت، أو تليت فيها.

وأما لو حضرت، أو تليت قبلها وأخرت وأديت فيها لا يجوز؛ لأنها وجبت كاملة، فلا يؤدي ناقصة.

¹ المعجم الأوسط للطبراني، 3/343. وانظر بلفظ «فقد برئت منه ذمة الله ورسوله» في آخره: مسند أحمد بن حنبل، 6/421؛ مصنف عبد الرزاق، 3/124.

² مسند الشافعي، 164؛ مصنف عبد الرزاق، 10/167؛ شرح مشكل الآثار للطحاوي، 9/440.

³ صحيح البخاري، القبلة، 1؛ سنن النسائي، الإيمان، 9 بلفظ: «فذلك المسلم» مكان «فهو مِنَّا».

⁴ صحيح البخاري، مواقيت الصلاة، 29؛ صحيح مسلم، صلاة المسافرين، 285.

(وَنُظِرُهَا) أي: الكراهة (فِي الْقَضَاءِ، وَالتَّنْفُلِ بِمَكَّةَ) وقال الشافعي: القضاء غير مكروه في هذه الأوقات، لقوله صلى الله عليه وسلم: «من نام عن صلاة، أو نسيها، فليصلها إذا ذكرها، فإن ذلك وقتها»¹. وكذلك النوافل في هذه الأوقات غير مكروهة بمكة، لما روي: أنه صلى الله عليه وسلم قال في حديث النهي عنها: «إلا بمكة»².

ولنا: إطلاق النص الناهي عن الصلاة في هذه الأوقات، وما رواه محمود على التذکر في غير هذه الأوقات، وما نقله من الاستثناء، فغريب لا يزداد به على الحديث المشهور.

(وَيَنْعَقِدُ النَّفْلُ بِالشَّرْعِ) في الأوقات المكروهة (لَا الْفَرَضُ). الفرق بينهما: أن المنهي هو الصلاة، ونفس الشروع ليس بصلاة، ولهذا لو حلف لا يصلي، فشرع في الصلاة لا يحث ما لم يقيد الركعة بالسجدة، فيصح شروعه في النفل لعدم ورود النهي عليه؛ لكن الأفضل أن يقطع ويؤديه في وقت غير مكروه. وأما الشروع في القضاء، فلم يصح باعتبار أن الفائت وجب في ذمته كاملاً، فلا يتأدى في الوقت الناقص.

(وَيَسْتَنْتِي يَوْمَ الْجُمُعَةِ) يعني: قال أبو يوسف: لا يكره التنفل يوم الجمعة وقت الزوال. وقالوا: يكره.

له: ما ورد في رواية أنه صلى الله عليه وسلم استثنى يوم الجمعة عند النهي «وقت الزوال»³.

ولهما: إطلاق حديث النهي، وما ذكره من الرواية، فغريبة، لا يتقيد بها المشهور.

(وَتَكْرَهُهُ) أي: التنفل (بَعْدَ الْفَجْرِ وَالْعَصْرِ) أي: بعد صلاتهما (وَلَوْ بِسَبَبٍ). هذا إشارة إلى ما خالفنا فيه الشافعي، وقال:

لا يكره النفل الذي [21ظ] له سبب كركعتي الفجر، والوضوء، والطواف، وتحية المسجد، والمنذور.

له: ما روي أن قيساً صلى بعد فرض الفجر ركعتين، فقال صلى الله عليه وسلم له: «ما هذا؟ قال: ركعتا الفجر لم أركعهما، فسكت النبي صلى الله عليه وسلم»⁴، وسكوته يدل على التقرير، وإطلاق قوله صلى الله عليه وسلم «إذا دخل أحدكم المسجد، فليحيه بركعتين»⁵، والأحاديث المروية في غيرهما.

ولنا: إطلاق ما روي أنه صلى الله عليه وسلم قال: «لا صلاة بعد صلاة الفجر حتى تطلع الشمس، وبعد العصر حتى تغرب»⁶، فالمراد بالغروب هنا: التغيير.

(وَلَا بَأْسَ بِالْقَضَاءِ، وَسَجْدَةِ التَّلَاوَةِ، وَصَلَاةِ الْجَنَازَةِ فِيهِمَا). إنما لم تکره هذه الأشياء في هذين الوقتين؛ لأن كراهية النفل فيهما لم يكن لمعنى فيهما؛ بل كانت لِحَقِّ الفريضة؛ ليكون الوقتان كالمشغول بهما دون غيرهما. وإنما اختصا بهذا الحكم؛ لأن لهما زيادة شرف على غيرهما لورود الأحاديث في فضلهما، فظهر أثر هذا في مزاحمة النفل؛ لأن الفرض التقديري أقوى من النفل ثواباً، ولم يظهر في الفرض والواجب، فجازا في هذين الوقتين.

أما الأول: فلأن الفرض الحقيقي، وهو قضاء الفرض أقوى من التقديري.

وأما الثاني: فلأن الواجب ألحق بالفرض، والمراد به: الواجب بعينه، ولهذا جاز سجدة التلاوة فيهما؛ لأنها واجبة بإيجاب الله تعالى بعينها، ولم يجز ركعتا الطواف؛ لأنهما نافلتان في ذاتهما ووجوبهما لغيرهما، وهو ختم الطواف بالصلاة.

وكذا لم يجز نفل شرع فيه، ثم أفسده؛ لأن وجوبه لصيانة المؤدى عن البطلان، فبقي نفلاً في ذاته، كذا في «الكافي».

فَعَلِمَ من هذا أن ما قاله بعض الفقهاء: إذا أقيم للفجر، وخاف رجل فوت الفرض شرع في السنة، فيقطعها، فيقضئها قبل الطلوع، فمردود على أن الأمر بالشروع للقطع قبيح شرعاً.

(إِلَى طُلُوعِ الشَّمْسِ) في الفجر (وَتَغْيِيرِهَا) في العصر. وهذه العبارة أولى من عبارة «القدوري» حتى تغرب؛ لأن الغروب فيها

مؤول بالتغيير، (وَيُلْحَقُ بِهَا) أي: أبو يوسف بالأشياء المذكورة في عدم الكرامة (الْمُنْدُورِ)، حتى من نذر أن يصلي ركعتين، فأداهما بعد الفجر والعصر لا يكره. وقالوا: يكره.

¹ المبسوط للسرخسي، 151/1. وبدون لفظ «فإن ذلك وقتها» انظر: سنن أبي داود، الصلاة 11؛ سنن النسائي، المواقيت 54؛ سنن ابن ماجه، الصلاة 10.

² مسند أحمد بن حنبل، 165/5؛ صحيح ابن خزيمة، 226/4.

³ مسند الشافعي، 63؛ سنن أبي داود، الصلاة 216-217 بلفظ: «نصف النهار» مكان «وقت الزوال».

⁴ مصنف ابن أبي شيبة، 254/2؛ شرح مشكل الآثار للطحاوي، 326/10؛ صحيح ابن خزيمة، 164/2.

⁵ صحيح البخاري، المساجد 27؛ صحيح مسلم، صلاة المسافرين 69 بلفظ: «فليركع ركعتين قبل أن يجلس».

⁶ صحيح مسلم، صلاة المسافرين 51؛ سنن أبي داود، التطوع 10.

له: أن الأشياء المذكورة كانت غير مكروهة، لكونها واجبة، فالمنذور أيضًا واجب، فلا يكره.
ولهما: أن النهي كان ليخلو فرض هذين الوقتين عن مزاحمة غير جنسه، والأشياء المذكورة كانت من جنسه؛ لأنها واجبة بإيجاب الله تعالى، والمنذور ليس من جنسه؛ لأنه واجب بإيجاب العبد، فكره دفعًا للمزاحمة.
(وَلَا تَنْفُلُ قَبْلَ الْمَغْرَبِ) أي: لا يتنفل بعد الغروب قبل الفرض، لما فيه من تأخير المغرب، والمستحب تعجيلها اتفاقًا.
(وَلَا بِأَكْثَرِ مِنْ رُكْعَتَيِ الْفَجْرِ) أي: لا يتنفل بأكثر من سنة الفجر، لما روي أنه صلى الله عليه وسلم قال: «إذا طلع الفجر، فلا تصلوا إلا ركعتي الفجر»¹.

وفي «التجنيس»: المتنفل إذا صلى ركعة، فطلع الفجر كان الإتمام أفضل؛ لأنه وقع في صلاة التطوع بعد الفجر لا عن قصد. وفي «التحفة» و«الخانية»: الأوقات المكروهة اثنا عشر:

ثلاثة منها:

[1.] وقت الطلوع.

[2.] والاستواء.

[3.] والغروب، فالكراهة فيها لمعنى في الوقت، ولهذا أثر في الفرض والتنفل.

وفي البواقي لمعنى في غير الوقت، ولهذا أثر في النوافل لا في الفرائض، وتلك البواقي تسعة، وهي:

[1.] بعد طلوع الفجر.

[2.] وبعد الفريضة قبل الطلوع.

[3.] وبعد صلاة العصر قبل التغيير.

[4.] وقبل صلاة المغرب.

[5.] وعند الخطبة يوم الجمعة.

[6.] وعند الإقامة فيه.

[7.] وعند خطبة العيدين.

[8.] وعند خطبة الكسوف.

[9.] وعند خطبة الاستسقاء إلى هنا كلامهما؛ لكنه غير ضابط؛ لأن ما قبل صلاتي العيدين مكروه، والثالث الأخير من الليل لأداء العشاء مكروه، وما بعد شروع الإمام مكروه للتطوع إلا سنة الفجر، فإنه يصليها إذا لم يخف فوت الجماعة، وبعد خروج الإمام للخطبة قبل الشروع فيها مكروه عند أبي حنيفة.

(فصل في الأذان)

(يُسْمَى الْأَذَانَ) سنة مؤكدة (لِلْمَكْتُوباتِ) وهي الصلوات الخمس. احترز به عن الوتر، والتراويح، وصلاة العيدين، وغيرها، (وَالْجُمُعَةِ) في وقتها. حَصَّنَهَا بالذكر؛ لثلاثتهم أن لا أذان لها، كما لا أذان لصلاة العيدين، بجامع أنهما يتعلقان بالإمام. والمصر الجامع احترزنا بقولنا: في وقتها عن الأذان قبل الوقت وبعده، فإنه غير مسنون، ولا يشكل بالأذان بعد الوقت للقضاء؛ لأن الفأث وقت الأداء لا وقت القضاء، قال صلى الله عليه وسلم: «فليصلها إذا ذكرها، فإن ذلك وقتها»².
(وَلَا تُرْجَعُ) يعني: الترجيع ليس من سنة الأذان عندنا، خلافاً [22و] للشافعي. وهو: أن يخفض بالشهادتين، ثم يرجع ويرفع صوته.

له: وما روى أبو محذورة: «أنه صلى الله عليه وسلم أمره يوم فتح مكة بأن يرجع في الشهادتين»³.

¹ تبين الحقائق للزليعي، 87/1. وبلغت: «كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا طلع الفجر لا يصلي إلا ركعتين خفيفتين» انظر: صحيح مسلم، صلاة المسافرين 88

² المبسوط للسرخسي، 151/1. وبدون لفظ: «فإن ذلك وقتها» انظر: سنن أبي داود، الصلاة 11؛ سنن النسائي، المواقيت 54؛ سنن ابن ماجه، الصلاة 10.

³ المبسوط للسرخسي، 128/1؛ نصب الراية للزليعي، 267/1-268.

ولنا: أن الروايات متفقة على أن لا ترجيع في أذان بلال وعمرو بن أم مكتوم إلى أن توفيا، وما رواه كان تلقيناً من النبي صلى الله عليه وسلم، فظن أبو محذورة أنه من نفس الأذان.
(وَلَمْ يَفْتَصِرُوا فِي التَّكْبِيرِ عَلَى ثِنْتَيْنِ) قال مالك: التكبير في مبدأ الأذان ثنتان؛ قياساً على سائر الكلمات، وهو رواية عن أبي يوسف.

وقلنا: هو أربع؛ لأن المروي من الملك النازل هكذا، والقياس متروك بالنص.
(وَيَصُحُّ) المؤذن (إِصْبَعِيهِ فِي أُذُنَيْهِ)؛ لأنه أبلغ في الإعلام، فيكون أفضل. ضَمَّنَ «وضع» معنى الإدخال فعده «في».
(وَيَسْتَقْبِلُ الْقِبْلَةَ)؛ لأن الملك فعل كذا، (وَيُحَوِّلُ وَجْهَهُ يَمَنَةً وَيَسْرَةً عِنْدَ الْحَيْعَلَتَيْنِ) أي: عند قوله: «حي على الصلاة»، و«حي على الفلاح»؛ لأن كلياً منهما خطاب للقوم، فيواجههم به.
وقيل: إذا كان وحده لا يحول جانبه؛ لأنه لا حاجة إليه، والصحيح أنه يحول؛ لأن التحويل صار سنة للأذان، حتى قالوا في الذي يؤذن للمولود: ينبغي أن يحول وجهه يمنة ويسرة عند هاتين الكلمتين، كذا في «المحيط».
وكيفية التحويل: أن يقول: «حي على الصلاة» مرتين في يمينه، ثم يقول: «حي على الفلاح» مرتين في شماله.
وقيل: أن يتدأ بـ«حي على الصلاة» عن يمينه، ويختم بها عند شماله، ويتدأ بـ«حي على الفلاح» عن شماله، ويختم بها عند يمينه؛ ليكون القوم مخاطباً بكل منهما؛ لكن الأصح هو الأول؛ لأنه منقول كذا، هكذا في «الغاية».

قال الإمام الترمذاني: لا يحول في الإقامة؛ إلا لأناس ينتظرون.
(وَيَزِيدُ فِي الْفَجْرِ «الصَّلَاةُ خَيْرٌ مِنَ النَّوْمِ» مَرَّتَيْنِ بَعْدَ الْفَلَاحِ)؛ لما روى أن بلالاً أتى النبي صلى الله عليه وسلم يؤذن بالصلاة، فوجده راقداً، فقال: «الصلاة خير من النوم» مرتين، فقال صلى الله عليه وسلم: «ما أحسن هذا، اجعله في أذانك».¹
(وَيَتَرَسَّلُ فِيهِ) أي: يقف بين كل كلمتين في² الأذان، لقوله صلى الله عليه وسلم لبلال: «إذا أذنت فترسل».³
(وَيُكْرَهُ التَّلْحِينُ) أي: التغني بحيث يؤدي إلى تغيير كلماته، ولو لم يلحقه تغيير لا بأس به.
قيل: إنما يكره ذلك في الأذكار. وأما في الحيعلتين، فلا بأس به.
(وَيُحَدَّرُ فِي الْإِقَامَةِ) أي: يذكر كلماته بسرعة.

(وَنُمَائِلُهَا بِهِ) أي: نجعل الإقامة مماثلة بالأذان في ذكرها مثني مثني، (إِلَّا أَنَّهُ) أي: المؤذن (يَعْقِبُ الْفَلَاحَ) بتشديد القاف، أي: يجيء بعقبه (بِ«قَدْ قَامَتِ الصَّلَاةُ» مَرَّتَيْنِ). وقال الشافعي: الإقامة تذكر فرادى إلا قوله: «قد قامت الصلاة»، والتكبير في أول الإقامة مرتين كما في آخرها.
له: ما روى أبو محذورة: أنه صلى الله عليه وسلم قال: «الأذان مثني مثني، والإقامة فرادى فرادى»⁴، والفرادى جمع فرد على غير قياس.

ولنا: ما اشتهر أن «بلالاً كان يثني الإقامة إلى أن توفي»⁵، وما رواه محمود على الجمع بين كل كلمتين في الإقامة، والتفريق بينهما في الأذان.

فإن قلت: كيف يكون الأذان مثني مثني، والتكبير أربع في أوله؟
قلت: ذكر التكبيرين لما كان بصوت واحد جعل ككلمة واحدة، وبذكرهما مرة أخرى يكون مثني.
(وَلَا نَكْرَهُهَا مِنْ غَيْرِهِ) يعني: إذا أذن رجل، وأقام آخر بحضوره ورضاه لا يكره عندنا، ويكره عند الشافعي.
قيدنا بـ«حضور المؤذن ورضاه»؛ لأنه إن غاب، وأقام غيره لا يكره اتفاقاً، وإن حضر ولم يرض بإقامة غيره يكره اتفاقاً، كذا في «الكافي».

¹ المعجم الكبير للطبراني، 355/1. روي عن عمر موقوفاً، انظر: الموطأ رواية الشيباني، 54، (رقم: 91).

² د: مع.

³ سنن الترمذي، الصلاة 143؛ عبد بن حميد، المنتخب، 310/1.

⁴ كذا ذكره العيني في البداية 86/2. ولكن روي عن أبي محذورة الأذان والإقامة مثني مثني، انظر: سنن الدارمي، الصلاة 7؛ صحيح ابن خزيمة، 195/1. وروي الإقامة مرة مرة عن غيره، انظر: سنن الدارمي، الصلاة 6. وانظر للتفصيل: نصب الراية للزيلعي، 271-267/1.

⁵ تبين الحقائق للزيلعي، 91/1.

له: ما روي: «أن النبي صلى الله عليه وسلم بعث بلالاً في حاجة»، وأمر غيره بالأذان فأذن فحضر بلالاً، وأراد أن يقيم، فقال صلى الله عليه وسلم: «إن أخاك أذن وهو الذي يقيم».¹

ولنا: ما روي أن ابن أم مكتوم ربما كان يؤذن، ويقيم بلالاً، وربما يؤذن بلال ويقيم هو،² وما رواه محمود على ما لو لَحِقْتُهُ الوحشة بإقامة غيره.

(وَيُجِزُّ التَّثْوِبَ فِي الْفَجْرِ) وهو رجوع المؤذن إلى إعلام الصلاة بين الأذان والإقامة، وتثويب كل بلدة على ما تعارفوا إما بالتثويب، أو بقوله: الصلاة، أو بقوله: قامت، ونحوها. وقال الشافعي: لا يجوز. له: اعتباره الفجر بسائر الأوقات.

ولنا: أن هذا الوقت وقت غفلةٍ ومنامٍ، فيستحب فيه الإعلام.

وفي «التبيين»: يقعد المؤذن في الفجر قدر ما يقرأ عشرين آية، ثم يتَّوَّب، ثم يقعد كذلك، ثم يقيم. (وَيُجِزُّهُ فِي الْكُلِّ) أي: أبو يوسف التثويب في جميع الصلوات سوى المغرب (لِمُسْتَعْرِقِ الْهَمِّ) أي: لمن استغرق همه وقصده في مصالح المسلمين. واللام في «لمستغرق» للتخصيص، وهو مضاف إلى معموله، وهو كالأمر وتثويبه أن يقول المؤذن تخصيصاً: السلام عليك أيها الأمير الصلاة، وكذلك القاضي والمفتي؛ لأنهم لا يعرفون وقت الحضور لشغلهم بأمر الجمهور. وقالوا: لا يخصهم؛ لأن جميع المسلمين متساوون في أمر الدين. استحسن المتأخرون التثويب للناس لزيادة غفلتهم.

(وَيُكْرَهُ أَذَانُ [22ظ] الصَّبِيِّ)؛ لأنه دعاء إلى الصلاة، والصبي ليس بأهل لها حتى يدعو غيره، (وَيُجِزُّ) يعني: إن أذان الصبي يكفي لكونه من أهل الجماعة وإن³ لم يكن من أهل الفرائض، فصار كمن صلى الفرض، ثم أذن. وكذا يكره أذان الفاسق والقاعد والسكران.

(وَأَذَانُ الْجُنْبِ وَالْمَرْأَةِ، وَيُعَادُ) أي: أذانهما. أما أذان الجنب، فلأن للأذان شيئاً بالصلاة من حيث إن كلاً منهما مشروط بدخول الوقت، واستقبال القبلة، والشروع بالتكبير، والترتيب، فيشترط له الطهارة عن الحدث الأكبر عملاً بهذا الشبه، ولم تشترط عن الأصغر عملاً بأنه دعاء. وأما أذان المرأة، فلأنها إن رفعت صوتها يكون معصية، وإن خفضت لا يحصل الإعلام بأذانها (ذُونَ الْإِقَامَةِ) أي: لا تعاد إقامتهما؛ لأن تكرار الإقامة غير مشروع.

(وَيُسْتَحَبُّ الْوُضُوءُ لِهَمَّا) أي: للأذان والإقامة؛ لأن كليهما ذكر الله.

(وَفِي كَرَاهَةِ خُلُوهِمَا عَنْهُ رَوَاتَانِ) عن أبي حنيفة:

في رواية: يكرهان بغير وضوء؛ لأنه يصير داعياً إلى ما لا يجيب إليه بنفسه، وداخلاً تحت قوله تعالى: ﴿أَتَأْمُرُونَ النَّاسَ بِالْبِرِّ وَتَنْسَوْنَ أَنْفُسَكُمْ﴾ [البقرة، 44/2].

وفي رواية: لا يكرهان؛ لأن كلاً منهما ذكر الله، فيستحب فيها الوضوء كما في القراءة.

(وَالْفَصْلُ فِي الْمَغْرِبِ) بين الأذان والإقامة (بِسَكْنَةٍ) عند أبي حنيفة مقدار ثلاث خطوات.

(وَقَالًا: بِجَلْسَةٍ) مقدار أن يتمكن مقعده من الأرض، بحيث يستقر كل عضو منه في موضعه. وفيه دلالة على أن الفصل

بينهما كان لا بد منه اتفاقاً، لما روي: «أنه صلى الله عليه وسلم أمر بلالاً بالفصل بينهما».⁴

لهما: أن السكنة لا يقع بها الفصل؛ لأنها تُوجد بين كلمات الأذان، فيفصل بينهما بجلسة، كما كان يفصل بها بين الخطبتين.

وله: أن الجلسة وإن⁵ قلَّتْ يؤدي إلى تأخير المغرب، فيكتفي بأدنى الفصل، وهو السكنة.

قال الإمام الحلواني: الخلاف في الأفضلية، حتى لو جلس جاز عند أبي حنيفة.

¹ السنن الكبرى للبيهقي، 339/1 بمعناه. وانظر أيضاً: نصب الراية للزليعي، 280/1.

² مصنف ابن أبي شيبة، 216/1.

³ وفي هامش ح: وصل.

⁴ مسند أحمد بن حنبل، 143/5.

⁵ وفي هامش ح: وصل.

(وَيُسْتَأْنِ لِفَاتِنَةٍ) أي: الأذان والإقامة سنة لصلاة فاتنة؛ لما روي أنه صلى الله عليه وسلم قضى الفجر ليلة التعريس بأذان وإقامة.

(وَيُؤَدِّنُ لِلأُولَى) أي: من فاتته صلوات يؤذن للصلاة الأولى.

(وَيُخَيِّرُ فِي البَوَاقِي) إن شاء أذن لكل منها، وإن شاء اقتصر على الإقامة.

(وَيُقِيمُ لِلْكَانِ) أي: لكل واحدة من الفوائت.

(وَلَمْ يَكْتَفُوا بِوَاحِدَةٍ) قال مالك: إقامة واحدة كافية لكل. الخلاف معه إنما يتأتى إذا فاتت صلوات عن جماعة، فقضوها في مجلس، وإن قضوها في مجالس يشترط لكل أذان وإقامة، كذا في «الكفاية».

له: ما روي: «أنه صلى الله عليه وسلم قضى أربع صلوات فاتنة يوم الخندق بإقامة واحدة»¹.

ولنا: ما روي: «أنه صلى الله عليه وسلم قضى تلك الصلوات على الترتيب كل صلاة بأذان وإقامة»². وفي رواية أخرى: بأذان وإقامة للأولى، وإقامة لكل واحدة من البواقي، ولاختلاف الروايتين خيّرنا في ذلك.

(وَأَمُرُوا الْمُتَنَفِّرَ بِهِ) أي: بالأذان مقيماً كان أو مسافراً؛ لأنه من سنن الصلاة، فيأتيه كل مصلٍ إلا من كان له مسجد حي، فأذن وأقيم فيه، فإنه إن تركهما لا يكره؛ لأن أذان المسجد وإقامته تكفيه؛ لما روي أن ابن مسعود صلى مع جماعة بلا أذان وإقامة، فقيل له: ألا تؤذن؟ فقال: أذان الحي وإقامتهم يكفيان.

وقال مالك: لا يسن الأذان والإقامة للمنفرد؛ لأنهما من شعار الصلاة بالجماعة، كذا ذكره المصنف في «شرحه».

أقول: على هذا لو قال: «أمرو المنفرد بهما»، لكان أولى، لعله اكتفى بذكر الأذان لكون الإقامة من توابعه.

(وَيُكْرَهُ تَرْكُهُمَا لِلْمُسَافِرِ) بقوله صلى الله عليه وسلم لا بني أبي مليكة: «إذا سافرتما أذنا وأقيما، وليؤمكما أكبركما سناً»³، ولو ترك الأذان لا يكره؛ لأنه للاستحضر والرفقة حاضران. وأما الإقامة فمكروه تركها؛ لأنها لإعلام الافتتاح، وهم محتاجون إليه.

(وَيُجِيزُ تَقْدِيمَهُ) أي: أبو يوسف تقديم الأذان (في الصبح) بعد ذهاب نصف الليل، وهو قول الشافعي. وقال: لا يجوز وإن قدم يعاد في الوقت.

قيد بـ«الصبح»؛ لأن تقديمه في غيره لا يجوز اتفاقاً.

وقيد بـ«تقديم الأذان»؛ لأن تقديم الإقامة لا يجوز اتفاقاً.

له: أن بلاً كان يفعل ذلك.

ولهما: ما روي: أنه صلى الله عليه وسلم قال لمن أذن قبل الوقت: «لا تؤذن حتى ترى الفجر»⁴، وما فعله بلال كان ليوقظ النائم، ويرجع القائم، ويتسحر الصائم لا لإعلام دخول الوقت، ولهذا قال صلى الله عليه وسلم: «لا يغرنكم أذان بلال، فإنه يؤذن بليل»⁵.

وأما إجابة المؤذن بأن يقول مثل ما يقوله المؤذن، ويقول عند الحيعلتين: «لا حول ولا قوة إلا بالله»، فلها فضيلة، وإن تركها لا يأنم. وأما قوله صلى الله عليه وسلم: «من لم يجب الأذان، فلا صلاة له»⁶، فمعناه: الإجابة بالقدم لا باللسان فقط، كذا في «الخانية».

(فصل) في شروط الصلاة التي يتقدمها

خرج بهذا القيد ترتيب الركوع على القراءة [23و]، فإنه شرط لجواز الصلاة غير متقدم عليها.

¹ لم نجده كذلك؛ بل روي أنه قضاهن بأذان واحد والإقامة لكل صلاة، انظر: مسند أحمد بن حنبل، 375/1؛ سنن الترمذي، الصلاة 132؛ سنن النسائي، الأذان 22.

² لم نجده في كتب الأحاديث، انظر: بدائع الصنائع للكاساني، 154/1.

³ صحيح البخاري، الجهاد 42؛ صحيح مسلم، المساجد 293.

⁴ مصنف ابن أبي شيبة، 341/2؛ المعجم الكبير للطبراني، 365/1، السنن الكبرى للبيهقي، 384/1..

⁵ مسند أحمد بن حنبل، 18/5 بدون لفظ «فإنه يؤذن بليل». وروي هذا اللفظ في صحيح البخاري، الأذان 11، الصوم 17، صحيح مسلم، الصيام 36.

⁶ السنن الكبرى للبيهقي، 174/3، بمعناه. وانظر لهذا اللفظ: المحيط البرهاني لابن مازة، 350/1.

(يُفْتَرَضُ) أي: يجب (عَلَى الْمُصَلِّي أَنْ يُقَدِّمَ طَهَارَةَ بَدَنِهِ، وَمَكَانِهِ، وَثِيَابِهِ)؛ لأن تطهير الثوب لما وجب بقوله تعالى: ﴿وَتِيَابَتِكَ فَطَيِّرْ﴾ [المدثر، 4/74] وجب تطهير بدنه ومكانه بدلالة النص؛ لأنهما ألزم للمصلي؛ إذ لا وجود للصلاة بدونهما، بخلاف الثوب. ثم المعتبر في طهارة المكان ما تحت القدم، حتى لو افتتح الصلاة وتحت قدميه نجاسة أكثر من قدر الدرهم لم تجز صلاته، وإن كان في موضع سجوده، فتجوز عند أبي حنيفة في رواية عنه، كذا في «الخلاصة».

(عَنِ النَّجَاسَةِ الْحُكْمِيَّةِ) وهي الحدث (وَالْحَقِيقِيَّةِ الْمَانِعَةِ) عن الصلاة.

فيد بـ«المانعة»؛ لأن التطهير من غيرها غير واجب. قدم ذكر الحكمية؛ لأنها أقوى وغير متجزأ؛ ليصير قليلها عفوًا. (وَيَسْتَرُ عَوْرَتَهُ) لقوله تعالى: ﴿خُذُوا زِينَتَكُمْ عِنْدَ كُلِّ مَسْجِدٍ﴾ [الأعراف، 31/7] أي: ما يوارى عورتكم عند كل صلاة. وستر المصلي عورته عن غيره شرط بلا خلاف. وأما الستر عن نفسه، فالصحيح أنه ليس بشرط، حتى لو كان محلول الجيب، فنظر إلى عورته لا يفسد، كذا في «التبيين».

اعلم: أنه لو قال: وستر عورته؛ ليكون معطوفًا على الطهارة، ويعلم أنه من الشروط التي يتقدم على الصلاة كان أولى.

ثم فسّر العورة التي وجب سترها بقوله: (فَالرَّجُلُ) أي: فيستر الرجل (مِنَ السُّرَّةِ إِلَى رُكْبَتِهِ).

أقول: مدخول «من» في التحديد قد يدخل في الحد كما إذا قال: «قرأت الكنز من باب الزكاة»، وقد لا تدخل. فلو قال: «من تحت سرتة»، لكان أحسن؛ لأن فيه دفع توهم أن يكون السرة من العورة.

(وَنَجْعَلُ الرُّكْبَةَ مِنْهَا) وقال الشافعي: ليست الركبة من العورة، لقوله صلى الله عليه وسلم: «ما فوق الركبتين من العورة».¹

ولنا: قوله صلى الله عليه وسلم: «عورة الرجل ما دون سرتة، حتى تجاوز ركبتيه»²، وما رواه يدل على أن ما فوقهما عورة. ولا ينافي كونهما عورة. وأما السرة فهي عورة عنده على ما ذكر في «المنظومة»؛ لكن الأقوى من مذهبه أنها ليست بعورة عنده كمدنهنا. (وَالْأُمَّةُ) أي: وتستر الأمة (الْبَطْنُ وَالظَّهْرُ أَيْضًا) يعني: ما كان عورة من الرجل، فهو عورة من الأمة. وكذا ظهرها وبطنها عورة، لقول عمر رضي الله عنه للإمام: «أَكْشَفْنَ رَوْسُكُنْ، وَلَا تَشْبَهَنَّ بِالْحَرَاثِرِ»³، ولأن الأمة تخرج لحاجة مولاهما في ثياب خدمتها، فالتحقت بذوات المحارم في حق الأجانب دفعًا للحرج.

(وَالْحُرَّةُ) أي: وتستر الحرّة (عَيْرَ الْوُجْهِ وَالْكَفِّ) لقوله صلى الله عليه وسلم: «بدن الحرّة كلها عورة إلا وجهها وكفيها».⁴

وفيه إشارة إلى أن ظهر كفها عورة.

وفي «المنتقى»: تمنع الشابة عن كشف وجهها؛ لئلا تؤدي إلى الفتنة.

(وَفِي الْقَدَمِ رَوَائِثَانِ) عن أبي حنيفة: في رواية: أنه عورة، والحديث السابق يدل عليه. ورواية الحسن عنه: أنه ليس بعورة، وهي أصح؛ لأن المرأة مبتلاة بإبداء قدمها في مشيها؛ إذ ربما لا تجد الخف.

(وَلَمْ نَفْسِدِ الصَّلَاةَ بِمُطَلَقِ الْإِنْكَشَافِ) أي: انكشاف العورة. وقال الشافعي: قليل الانكشاف وكثيره يفسد الصلاة؛ لأن الستر مطلقًا شرط لصحة الصلاة، ولم يوجد.

ولنا: قليله معفو؛ لأن اعتباره يؤدي إلى الحرج، فيكون المفسد هو الانكشاف الكثير.

(فَنَقَدْرُهُ) أي: الانكشاف الكثير (بِرُبْعِ الْعَضْوِ) أي: بانكشاف ربع العضو؛ لأن للربع حكم الكل.

اعلم: أن انكشاف ما دون الربع معفو إذا كان في عضو واحد، وإن كان في عضوين أو أكثر، وجمع، وبلغ ربع أدنى عضو منها يمنع جواز الصلاة، كذا في «الزيادات».

وذكر في «شرحه»: لو انكشف شيء من شعرها، ونصف ثمن فخذهما، ونصف ثمن أذنها لو جمع يبلغ ربع الأذن يكون

مانعًا.

(كَالسَّاقِ، وَالْفَخْذِ، وَالْبَطْنِ)، قال صاحب «الهداية» في «التجنيس»: الفخذ مع الركبة عضو واحد، حتى لو صلى وفخذه

مغطى، وركبته مكشوفة جازت صلاته؛ لأن الركبة من الفخذ أقل من الربع.

¹ سنن الدارقطني، 432/1.

² لم نجده مرفوعًا، وهو قول الشافعي، انظر: الأوسط لابن المنذر، 67/5. ويسنده إلى النبي ابن مازة، انظر: المحيط البرهاني، 330/5.

³ الجصاص، شرح مختصر الطحاوي، 702/1.

⁴ لم نجده في كتب الأحاديث، وهو قول القادوري، انظر: مختصر القادوري، 26. وفي الحديث «المرأة عورة»، انظر: سنن الترمذي، الرضاع 18.

ومن المشايخ¹ من قال: الركبة عضوٌ على جِدَّةٍ؛ لكن الأول أصح؛ لأن الركبة ليست بعضوٍ في الحقيقة؛ بل هو ملتقى عظم الفخذ والساق، وكذا كعب المرأة مع ساقها.

(وَالشَّعْرُ النَّازِلُ) قيد به احترازًا عما قيل: المراد من الشعر ما على الرأس، فإنه عورة كراستها. وأما النازل فليس في حكم الرأس، فلا يكون عورة، والمختار ما ذكر في المتن؛ لأن العورة من الشعر لو كانت ما على الرأس، لجاز النظر إلى صدغ الأجنبية وذواتها، وهو ممنوع؛ لأنه يؤدي إلى الفتنة.

(وَالذَّكْرُ وَحْدَهُ وَالْأُنْثَيَيْنِ) إنما قال: في الذكر وحده احترازًا عما قيل: إنه مع الخصيتين عضو واحد؛ لأن الإيلاد يتعلق بهما؛ لكن الأولى أن الذكر وحده عضو. ألا ترى أن الخصيتين اعتبر في الدية عضوًا على حدة، فكذا في العورة. وتندي المرأة حالة النهود تبع لصدرها، ومتى كبرت يعتبر عضوًا على حدة، وكل من الإليتين عضو على جِدَّةٍ. والدبر ثالثتهما وهو الصحيح، وما بين سرة الرجل وعانته عضو على جِدَّةٍ، كذا في «التبيين».

(وَيُجِزُّهَا) أي: أبو يوسف الصلاة (مَعَ مَا دُونَ التَّصْفِ) يعني: مع انكشاف ما دون نصف عضو، (وَمَعَهُ فِي رِوَايَةٍ) يعني: ويجيز أيضًا مع انكشاف نصف عضو [23ظ] في رواية عنه. وفي رواية أخرى: أنه لا يجوز.

له: أن الشيء إنما يوصف بالقلّة إذا كان ما يقابله أكثر منه، فما دون النصف قليل بالنسبة إلى الكل، وما زاد عليه كثير بالنسبة إلى الباقي. وأما النصف فباعتبار أنه خارج عن حد القلة يمنع، وباعتبار أنه غير داخل في حد الكثرة لا يمنع. ولهما: أن للربع حكم الكل في كثير من المواضع، فانكشافه يكون كانكشاف الكل، وما دونه قليل يتعذر التوقي عنه، فألحق بالعدم.

(وَلَوْ اُنْكَشَفَتْ) أي: العورة مقدار ما يكون مانعًا، (أَوْ قَامَ فِي صَفِّ النِّسَاءِ لِلرَّحْمَةِ) أي: للازدحام، (أَوْ عَلَى نَجَاسَةٍ مَانِعَةٍ) أي: أو² قام عليها (قَدْرٌ أَذَاءٌ رُكْنِي) أي: زمانًا يمكنه فيه أداء ركن من أركان الصلاة (يُفْسِدُهَا) أي: أبو يوسف صلاته؛ لأن المفسد وجد فيها.

(وَأَجَازَهَا) محمد (مَا لَمْ يُؤَدِّهِ)؛ لأن المفسد أداء شيء من الصلاة معه، ولم يوجد. قيد بـ«قدر الأداء»؛ لأنه لو أدى ركنًا مع الانكشاف فسد صلاته اتفاقًا. ولو ستر عورته من غير لبث جاز صلاته اتفاقًا. (وَأَمَرَ) محمد (وَاجِدٌ ثَوْبٍ كُلُّهُ نَجِسٌ) إذا لم يجد غيره، ولا ما يزيل نجاسته (بِالأداء فيه) بأن يلبسه، ويصلي فيه بالركوع والسجود.

(وَخَيْرُهُ بَيْنَهُ) أي: بين الأداء فيه (وَبَيْنَ الإِيمَاءِ عَارِيًا) قائمًا أو قاعدًا، والقعود أفضل؛ لكونه أقرب إلى الستر. قيد بـ«كون كله نجسًا»؛ لأنه لو كان ربه طاهرًا يلزمه الأداء فيه اتفاقًا.

له: أن خطاب التطهير ساقط عنه لعجزه، وخطاب الأداء الكامل باقٍ لقدرته عليه. ولهما: أن الخطاب إذا سقط استوى تحمل النجاسة، وكشفت العورة في كونهما محرّمين في الصلاة. فإن قال محمد: فيما ذهب ترك فرض واحد، وهو إزالة النجاسة، وفيما ذهبتم ترك الفروض، وهو ستر العورة والقيام والركوع والسجود. قلنا: كل منها مفسد، فيكون الجميع كالواحد في الإفساد، فإذا صلى قاعدًا، فقد ترك استعمال النجاسة، وأتى ببعض الستر، وبما قام مقام الأركان، وهو الإيماء. وإذا صلى قائمًا مع الثوب، فقد استعمل النجاسة، وأتى بالأركان، فيستويان، فيخير بينهما. (وَلَا يُعِيدُ مَا صَلَّى بِهِ) أي: بذلك الثوب النجس إذا وجد ثوبًا طاهرًا اتفاقًا؛ لأنه أدى ما وجب عليه كما وجب، فلا يطالب بالإعادة.

(وَلَا نُزِرْمُ غَيْرَ وَاجِدٍ سَاتِرٍ بِالْقِيَامِ) يعني: إذا لم يجد ثوبًا يستر عورته لا يلزمه القيام بالركوع والسجود عندنا. وقال الشافعي: يلزمه؛ (بَلْ نَفَضِلُ الإِيمَاءَ) قاعدًا. هذا بيان لمذهبننا.

له: أن في القيام ترك فرض الستر، وفي الإيماء ترك فروض. ولنا: أن الإيماء خلّف عن الركوع والسجود، وفي القعود إتيان بالستر من وجه، وإتيان الأركان من وجه، فيكون أولى من القيام الذي فيه ترك الستر من كل وجه.

¹ وفي هامش ح: أي: بعض المشايخ من المتأخرين.
² ح: لو.

(وَيَسْتَقْبِلُ) بالنصب، أي: يفترض على المصلي أن يستقبل (آمناً) قيد به؛ لأنه لو كان خائفاً من عدو يسقط عنه وجوب الاستقبال. وكذا لو كان مريضاً ولم يقدر على التوجه، وليس بحضرته من يوجهه (عَيْنَ الْكُعْبَةِ إِنْ كَانَ بِمَكَّةَ)؛ لأن المصلي متمكن إصابة عينها، (وَجِهَتَهَا إِنْ نَأَى عَنْهَا) يعني: يستقبل جهة الكعبة إن بعد عن مكة؛ لأن إصابة العين متعذرة عليه. (وَيَتَحَرَّى) أي: يطلب المصلي جهة القبلة باستعمال غالب ظنه (لِلْإِشْتِبَاهِ) أي: لاشتباه القبلة عليه؛ لأن نفرًا من الصحابة تحروا وصلوا في السفر عند الاشتباه، فأخبروا بذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم، ولم ينكر عليهم.¹

قيد بـ«الاشتباه»؛ لأن القبلة لو لم يشتبه بأن وجد محرماً لا يتحرى.

(وَعَدِمَ الْمُخْبِرِ) قيد به؛ لأنه لو وجد من يسأله أمر القبلة لا يجوز التحري؛ بل يجب الاستخبار؛ لأنه فوق التحري. ولو لم يكن حاضرًا عنده لا يجب عليه أن يطلبه. هذا إذا كان المخبر من أهل ذلك الموضع؛ لأنه لو كان مسافرًا مثله لا يلتفت إلى قوله؛ لأنه يقول باجتهاده غالبًا، ولا يلزم عليه ترك اجتهاده باجتهاد غيره.

وفي «الخلاصة»: إذا لم يسأله، وتحري وصل، فإن أصاب القبلة جاز، وإلا فلا. ولو سأله فلم يخبره وتحري وصل، ثم أخبره بأنه لم يصب لا إعادة عليه.

وفي «التحفة»: لو كان يعرف الاستدلال بالنجوم على القبلة لا يجوز له التحري؛ لأنه فوقه.

(وَيُجِزُ صَلَاتَهُ لِلْإِصَابَةِ فِي الْعُدُولِ عَنْ جِهَةِ التَّحَرِّيِ) يعني: إذا تحرى المشتبه، وعدل عن جهة تحريه، وصل إلى جهة أخرى، فأصاب فيه القبلة، قال أبو يوسف: يجوز صلاته. وقال: لا يجوز.

له: أنه أتى بما هو الواجب عليه، وهو استقبال القبلة، فصار كمن تحرى في الأواني، فأعرض عن تحريه، فأصاب الطاهر منها.

ولهما: أنه كان مأمورًا بالتحري لا بإصابة القبلة؛ لأنها ليست في وُشْعِهِ، فلم يأت بما أمر به، فلم يخرج عن العهدة، وليس هذا كالتحري في الأواني؛ لأنه لو صلى بتحريه في الأواني، ثم علم خطأه يعيد صلاته، وفي تحري القبلة لا يعيدها فافتراقا.

ويتفرع على هذه المسألة: أنه لو ظهر إصابته في الصلاة بعد ما عدل عن تحريه يمضي في صلاته عنده، وعندهما: يستأنف.

(وَتُجْزَى) صلاتهم (لَوْ أَهْمُهُمْ بِهِ لَيْلًا) أي: أم جماعة بالتحري في ليلة مظلمة، (فَاخْتَلَفَتْ جِهَاتُهُمْ) يعني: صلى كل من

الإمام والمقتدين به إلى جهة تحريه، وتخالفت تلك الجهات (وَلَمْ يَعْلَمُوا جِهَةَ الْإِمَامِ [24] وَلَا تَقَدَّمُوهُ).

قيد بهذين القيدين؛ لأنه لو علم أحد منهم جهة إمامه فسدت صلاته لاعتقاده على أن إمامه على الخطأ. وكذا إذا تقدم على إمامه لتركه فرض المقام.

فإن قلت: كيف لم يعرفوا حال الإمام بصوته؟

قلت: يجوز أن ينسى الإمام الجهر، أو يعرفوا بصوته أنه قدامهم، ولكن لم يميزوا أنه إلى أي جهة توجّه.

(وَلَمْ نَأْمُرِ الْمُسْتَدْبِرَ بِالْإِعَادَةِ) يعني: من صلى بتحريه، وظهر أنه صلى مستدبر الكعبة لا يجب عليه الإعادة عندنا. وقال

الشافعي: يجب.

قيد بـ«الاستدبار»؛ لأنه لو ظهر أن القبلة في يمينه أو يساره يجوز اتفاقًا.

له: أنه ظهر خطؤه بيقين، فلا يجوز كما لو صلى بغير تحري، واستدبر القبلة.

ولنا: أن جهة تحريه هي الجهة التي خوطب باستقبالها حالة الاشتباه، فأتى بالواجب عليه، فلا يعيدها.

(وَلَوْ عَلِمَ خَطَأَهُ فِيهَا) أي: في صلاته (يَسْتَقِيمُ) أي: يستدير في الصلاة إلى جهة القبلة، وبنى على ما مضى؛ لأن أهل قباء

لما بلغهم نسخ القبلة من بيت المقدس إلى الكعبة، استداروا في الصلاة إليها.

وفي «الخانية»: هذا الحكم فيمن شك في القبلة، وصل بالتحري؛ لأنه لو لم يشك ولم يتحر، فصلى إلى جهة، فعلم في

خلال الصلاة خطأه يستأنف، ولو علمه بعدها يعيدها.

ولو شك فصلى بلا تحري، فعلم في الصلاة أنه أصاب في القبلة أو أخطأ يستأنف؛ لأن افتتاحه كان ضعيفًا، وإن علم بعد

الصلاة أنه أصاب لا يعيدها؛ لأنه ثمة لا يحتاج إلى البناء.

¹ سنن الترمذي، الصلاة 257؛ سنن ابن ماجه، إقامة الصلاة 60.

(وَيُنَوِي الصَّلَاةَ) أي: يفترض أن ينوي المصلي صلواته، لقوله تعالى: ﴿وَمَا أُمِرُوا إِلَّا لِيَعْبُدُوا اللَّهَ مُخْلِصِينَ لَهُ الدِّينَ﴾ [البينة، 5/98]، والإخلاص إنما يكون بالنية.

قيل: لا بد فيها من نية عين الكعبة أيضاً عند استقبال جهتها؛ لأن إصابة عينها فرض، فلما لم يمكن إصابة عينها حال الغيبة عنها شرط نية عينها، والصحيح أنها ليست بشرط، كذا في «التجسس».

(فَيَعْلَمُ أَيَّ صَلَاةٍ هِيَ) حتى لو سئل عنها أجاب بالبدئية أنها ظهر أو عصر.

قيل: هذا العلم هو النية، فيكون «فيعلم» بياناً لقوله: «وينوي» توضيحه.

يعرف مما سبق في فصل التيمم من توضيح أن قوله: «فيضرب» بياناً لقوله: «يتيمم».

وفي «القنية»: الأصح أن العلم لا يكون نية. ألا يرى أن من علم الكفر لا يكفر. ولو نواه يكفر، فيكون النية غير العلم.

أقول: مراد ذلك القائل: أن من قصد صلاة، فعلم أنها ظهر، أو عصر، أو نفل، أو قضاء يكون ذلك نية له، فلا يحتاج إلى

نية أخرى للتعين إذا أوصلها إلى التحريمة، وفيما أورده لم يوجد قصد إلى الكفر، وهو لم يدع أن مطلق العلم بشيء يكون نية له، فلا يرد عليه اعتراضه، فإن كان ما أذاه نفلًا أو سنة يكفيه مطلق النية، ونية متابعة الرسول صلى الله عليه وسلم ليست بشرط.

وفي «الغاية»: لا ينوي في الوتر أنه واجب للاختلاف فيه. وإن كان ما أذاه فرضًا قضاءً كان أو أداءً، فلا بد أن يعينه.

(وَلَا مُعْتَبَرٌ بِاللِّسَانِ) أي: بذكره في تعيين الصلاة؛ لأنه كلام لا نية؛ لكن الأفضل أن يشتغل قلبه بالنية، ولسانه بالذكر، ويده

بالرفع.

وفي «المحيط»: الأولى في نية الفرض مثلًا أن يقول: نويتُ ظهرَ اليوم؛ لأنه لو قال: ظهر الوقت أو فرضه، وكان الوقت

خارجًا، وهو لا يعلمه لا يجزئه. أما إذا قال: ظهرَ اليوم، فيجزئه، سواء كان الوقت خارجًا أو باقياً.

(وَيُضَيَّفُ الْمُؤْتَمُّ) أي: يضيف المقتدي إلى نية الصلاة (نِيَّةُ الْمُتَابِعَةِ) أي: متابعة الإمام؛ لأنه يبنى صلاته على صلاة الإمام،

فلا بد من التزامه، حتى لو لحقه ضرر الفساد من جهة إمامه كان ضررًا ملتزمًا.

ولو قال المقتدي: نويتُ أن أصلي صلاة الإمام لا يدل على الاقتداء، والأحسن أن يقول: نويتُ أن أصلي مع الإمام ما

يصليها.

ولو نوى الجمعة، ولم ينو الاقتداء جَوَّزَهُ بعض المشايخ؛ لأن الجمعة لا يكون إلا مع الإمام.

ولو نوى الاقتداء بزيد، فإذا هو عمرو لا يجوز.

وفي صلاة الجنائز إذا لم يعرف أن الميت ذكر أو أنثى يقول: نويت أن أصلي مع الإمام الصلاة على الميت الذي يصلي

عليه.

(وَيُؤْصَلُّهَا بِالتَّحْرِيمِ) أراد به: تكبيرة الافتتاح؛ لأن بها يحرم في الصلاة ما يباح قبلها، يعني: لا يفصل بين النية وتكبيرة

الافتتاح. وفيه نفي لما قاله الكرخي من أنها تجوز بالنية المتأخرة إلى أن يركع؛ لأن أول الجزء من الصلاة إذا خلا عن النية لا يكون

عبادةً، فكذا بواقفها؛ لأنها مبنية عليها، بخلاف الصوم، فإنه جاز بنية متأخرة؛ لأن أول جزء اليوم غير معلوم. وأما النية المتقدمة على

التكبير، فكالقائمة عنده إذا لم يفصل بينهما بعمل ينافيها مثل: شراء الحطب ونحوه. ولو فصل بعمل لا ينافيها كالوضوء والمشي إلى

المسجد لا يضره. ألا يرى أن من أحدث في صلاته له أن يتوضأ ويمشي، ولا يمنعه عن البناء.

(وَنَعْدُهُ) أي: التحريم (شَرْطًا) للصلاة (لَا رُكْنًا) أي: قال الشافعي: هو ركن؛ لأن الشروع حصل به، والشروع في شيء يكون

بأول جزء منه، فيكون ركنًا، ولهذا شرط [24ط] له ما شَرَطَ لسائر الأركان من الطهارة وغيرها.

ولنا: أن تكبيرة التحريم عقد لأفعال الصلاة، والشروع يحصل بعده بإشارة قوله تعالى: ﴿وَذَكَرَ اسْمَ رَبِّهِ فَصَلَّى﴾ [الأعلى،

15/87]، أي: ذكر الله في افتتاح الصلاة، كذا فسره المفسرون. والفاء في «فصلى» الدال على التعقيب يدل على أن التحريم شرط؛

لأنه لو كان جزءًا، لدخل في قوله: «فصلى»، فيلزم منه التكرار في ذلك الجزء، أو المجاز إن أريد منه ما سوى الجزء، والأصل

عدمهما، واشترائط الشرائط في تكبيرة الافتتاح لاتصاله بها، لا لأنه ركن.

وفائدة الخلاف تظهر في جواز بناء النفل على تحريمة الفرض بعد إتمامه من غير تحريمة مبتدأة، فإنه غير جائز عنده؛ لأن

ركن الفرض لا يكون ركنًا للنفل، وعندنا جائز؛ لأن شرط الفرض يكون شرطًا للنفل.

(فصل) في صفة الصلاة

(تُفْتَرَضُ):

- [1.] (التَّخْرِيمَةُ) لقوله تعالى: (وَرَبُّكَ فَكَبِيرٌ) [المدثر، 3/74] المراد به: تكبيرة الافتتاح بالنقل عن أئمة التفسير، فيكبر قائماً، حتى لو أدرك الإمام، وهو راعع فكبر، وهو إلى الركوع أقرب: فسدت صلاته، كذا في «التجنيس».
- والمراد بالفرض هنا: ما لا يجوز الصلاة بدونه.
- [2.] (وَالْقِيَامُ) لقوله تعالى: ﴿وَقُومُوا لِلَّهِ قَانِتِينَ﴾ [البقرة، 2/238] أي: مطيعين.
- والمراد به: القيام في الصلاة بإجماع المفسرين.
- [3.] (وَالْقِرَاءَةُ) لقوله تعالى: ﴿فَأَقْرئُوا مَا تيسَّرَ مِنَ الْقُرْآنِ﴾ [المزمل، 20/73]، والأمر للوجوب، فالقراءة خارج الصلاة غير واجبة بالإجماع، فيجب في داخلها ضرورة.
- [4.] (وَالرُّكُوعُ).
- [5.] (وَالسُّجُودُ) لقوله تعالى: ﴿ارْكَعُوا وَاسْجُدُوا﴾ [الحج، 22/77]. وهذه الأربعة أركان أصلية؛ لأن الصلاة أفعال موضوعة للتعظيم، وهو يحصل بالقيام والقراءة فيه، وازداد بالركوع، وانتهى بالسجود.
- [6.] (وَالْقَعْدَةُ الْأَخِيرَةُ) لقوله صلى الله عليه وسلم لعبد الله بن عمرو بن العاص: «إذا رفعت رأسك من السجدة الأخيرة، وقعدت قدر التشهد، فقد تمت صلاتك».¹ علق تمام الصلاة بها قرأ التشهد أو لا، فتكون مفروضة.
- فإن قلت: لا يلزم من الإتمام فرضيتها؛ لأن الصلاة تكون ناقصة بترك الواجب؟
- قلت: أراد به الإتمام من جهة الأركان لا الإتمام من جهة الصفة؛ لأنه علق الإتمام بالفعل دون قراءة التشهد، وهي واجبة، لا يقال: هذا خبر الواحد، فكيف تثبت به الفرضية؛ لأن هذا بيان لمجمل الكتاب، فالفرضية ثابتة به.
- فإن قلت: لم يذكر مع هذه الستة الخروج بفعل المصلي، فإنه كان فرضاً عند أبي حنيفة؟
- قلت: أراد بها الفرائض التي اتفق عليها علماؤنا الثلاثة، أو نقول: إنه ليس بفرض عنده على ما نقل عن الكرخي، وهو الصحيح، وسيجيء بيانه.
- (وَقَدَرُوهَا) أي: القعدة الأخيرة (بالتَّشَهُدِ) أي: بمقداره (لَا يَقْدَرُ إِيقَاعَ السَّلَامِ) وهو نفي لقول مالك.
- له: أن السلام واجب، فيقدر محله، وهو القعود بقدره.
- ولنا: ما روي: أنه صلى الله عليه وسلم قال لابن عمر: «وإذا رفعت رأسك»² الحديث.
- (وَيَسُنُّ أَنْ يَرْفَعَ يَدَيْهِ لِلتَّخْرِيمِ مُحَادِيًا) أي: مقابلًا (بِإِنهَامَيْهِ شَحْمَتِي أُذُنَيْهِ)؛ لما روي: «أنه صلى الله عليه وسلم فعل كذا حين كبر»³، ولا يفرج بين أصابعه كل التفريج، ولا يضمها كل الضم. وإنما يفرجها كل التفريج في الركوع، ويضمها كل الضم في السجود. وما روي: «أنه صلى الله عليه وسلم نشر أصابعه حين الرفع»⁴، فالمراد به: النشر دون الطي لا التفريج، كذا قاله الهندواني.
- (وَالْمَرْأَةُ إِلَى الْمُنْكَبِينَ) أي: وترفع المرأة يديها حذاء منكبيها؛ لأن هذا أستر لها.
- (وَيَأْمُرُ بِالْمَعِيَةِ) أي: يأمر أبو يوسف بمقارنة التكبير برفع اليدين؛ لأن الرفع سنة التكبير، فيقارنه كتسيبحات الركوع.
- (وَهُمَا بِتَقْدِيمِ الرَّفْعِ) أي: رفع اليدين على التكبير؛ لأن الرفع أمانة الشروع، فيستدعي تقديمه.
- (وَلَمْ يَقْتَصِرُوا عَلَى التَّكْبِيرِ الْمُجْمَعِ عَلَيْهِ) وقال مالك: لا يجوز افتتاح الصلاة إلا بقوله: «الله أكبر»؛ لأنه هو المنقول، واجتمعوا على جواز الصلاة به.

¹ لم نجده في كتب الأحاديث إلا في شرح معاني الآثار (274/1-275) بمعناه، وأخرجه القدوري في التجريد (1985/4) ولم يسم الصحابي؛ والكاساني في بدائع الصنائع (113/1) والموصلي (54/1) وقال عنه الأعرابي؛ وابن مازة في المحیط البرهاني (508/1) وسماه عمر؛ وشيخ زاده في مجمع الأنهر (87/1) وسماه عبد الله فقط.

² لم نجده.

³ شرح معاني الآثار للطحاوي، 196/1.

⁴ سنن الترمذي، الصلاة 177.

(فَيَقْتَصِرُ) أبو يوسف فيما يجوز به الصلاة (عَلَى الْمَعْرِفِ وَالْمُنْكَرِ) من التكبير، وهو قوله: «الله أكبر، الله الأكبر، الله كبير، الله الكبير»؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «تحريمها التكبير»¹، فلا يقام سائر كلم التعظيم مقامه بالرأي؛ لأن شرائط العبادة وأركانها لا يعرف بالقياس.

(فَنَجِيذُهُ بِالتَّكْبِيرِ وَسَائِرِ كَلِمِ التَّعْظِيمِ) وقال الشافعي: لا يجوز الافتتاح إلا بلفظين، وهما: «الله أكبر، والله الأكبر»؛ لأن المنقول هو «الله أكبر»، وقولنا: «الله الأكبر» أبلغ في الثناء لإفادته التخصيص بزيادة التعظيم، فيجوز به، ولا كذلك الكبير. ولنا: قوله تعالى: ﴿وَذَكَرَ اسْمَ رَبِّهِ فَصَلَّى﴾ [الأعلى، 15/87]، وأنه مطلق، فيجوز بكل ما يفيد تعظيم الله. ولم يجز الافتتاح بالدعاء، ولا بقوله: «أستغفر الله»؛ لأن كلاً منهما مشوب بحاجته، فلا يكون تعظيماً خالصاً، ولإطلاق هذا النص قال أبو حنيفة: يصير شارحاً بقوله: «الله» قبل ذكر «أكبر»، وهو أحد قولي محمد، خلافاً لأبي يوسف. وفائدة الخلاف تظهر فيما إذا طهرت الحائض، وقد بقي [25و] من الوقت مقدار أن يسع فيه اسم الله دون الخبر، يجب عليها الصلاة عندهما، خلافاً له.

(وَلَمْ يُرْسَلُوا) أي: قال علماؤنا: لا يرسل المصلي يديه بعد الافتتاح. وقال مالك: يرسل لما روي: «أنه صلى الله عليه وسلم كان يرسل يديه بعده»².

(فَنَضَعُ اليَمِينَ عَلَى الشِّمَالِ)؛ لكن قال محمد: يضع بحيث يكون الرسغ وسط الكف؛ لما روي: «أنه صلى الله عليه وسلم فعل كذا»³. وقال أبو يوسف: يقبض بالأيمن رسغ الأيسر؛ لما روي: «أنه صلى الله عليه وسلم أخذ شماله بيمينه»⁴. والمختار: أن يأخذ رسغها بالخنصر والإبهام؛ ليكون عملاً بالحديثين، (تَحْتَ السُّرَّةِ لَا عَلَى الصُّدْرِ) يعني: قال الشافعي: يضع يديه على صدره، لقوله تعالى: ﴿فَصَلِّ لِرَبِّكَ وَأَنْخَرْ﴾ [الكوثر، 2/108] أي: ضع يدك على صدرك، وهذا التفسير مأثور عن علي رضي الله عنه، (كَالْمَرْأَةِ) يعني: كما أن السنة في وضع المرأة هكذا اتفاقاً.

ولنا: وما روي ابن عباس: أنه صلى الله عليه وسلم قال: «إن من السنة وضع اليمين على الشمال تحت السرة»⁵. والمراد من قوله: ﴿وَأَنْخَرْ﴾ [الكوثر، 2/108]: نحر الأضحية، فمعنى المأثور عن علي رضي الله عنه: «ضع يدك على قريب نحر»، وهو تحت السرة. وأما المرأة، فحالتها الستر، والوضع على الصدر أستر لها.

(وَجَعَلَهُ) أي: محمد الوضع (سُنَّةَ الْقِرَاءَةِ)؛ لأن الوضع إنما شرع مخافة اجتماع الدم في رؤوس الأصابع. وإنما يخاف ذلك حالة القراءة؛ لأن السنة فيها تطويلها، فيرسل في الثناء، والقنوت، وصلاة الجنازة؛ لأن القراءة منعدمة في هذه الأحوال، فأشبهت حالة القعدة والركوع والسجود.

(وَقَالَا) الوضع: (سُنَّةُ قِيَامٍ فِيهِ دُكْرٌ مَسْنُونٌ)؛ لأن الوضع أقرب إلى الخضوع والتعظيم. وهذا المعنى يوجد قبل القراءة أيضاً، كذا في «المحيط»، فيضع في الأحوال المذكورة عندهما؛ لأن ما روي ابن عباس في سنة الوضع عام في أحوال القيام؛ لكن لخصت القومة من الركوع من تلك الأحوال لعدم امتدادها، فبقي ما عداها على الأصل.

قيد القيام بقوله: «فيه ذكر»؛ لأنه لو لم يكن كذلك كالقيام الذي بين تكبيرات العيد الزوائد، فالسنة فيه الإرسال اتفاقاً.

وفي «التنجيس»: لا يرسل يديه بعد التحريمة؛ لم يضعهما من غير إرسال عندهما؛ لأنه قيام فيه ذكر مسنون.

(وَيَأْتُونَ بِالثَّنَاءِ) يعني: قال علماؤنا: يأتي المصلي بالثناء عقب الافتتاح إماماً كان، أو منفرداً، أو مقتدياً.

وفي «الأمالي»: لو أدرك المقتدي الإمام بعد ما اشتغل بالقراءة إن كان يجهر بها لا يأتي بالثناء؛ بل يستمع، وإن كان يسرها يأتي بالثناء.

وقيل: لا يأتي به؛ لأنه مأمور بالاستماع والإنصات بالنص. فإن عجز عن الاستماع بإسرار الإمام لم يعجز عن الإنصات. ولو أدركه في الركوع يكبر قائماً، ويترك الثناء، ويكبر ويكعب؛ لئلا يفوت عنه إدراك الركعة.

¹ سنن أبي داود، الطهارة 31؛ سنن الترمذي، الطهارة 3، الصلاة 176.

² المعجم الكبير للطبراني، 74/20، بمعناه.

³ مسند أحمد بن حنبل، 316/4.

⁴ سنن أبي داود، الصلاة 114-115؛ سنن الترمذي، الصلاة 187؛ سنن النسائي، الصلاة 31.

⁵ سنن أبي داود، الصلاة 117-118؛ مسند أحمد بن حنبل، 110/1، بلفظ: «وضع الكف على الكف».

ولو أدركه في السجود يكبر، ويأتي بالثناء، ثم يكبر ويسجد، بين المصنف الثناء بقوله: (سُبْحَانَكَ اللَّهُمَّ إِلَى آخِرِهِ). وقال مالك: إذا كبر شرع في قراءة الفاتحة؛ لما روي: «أنه صلى الله عليه وسلم كان يفتح الصلاة بالحمد لله رب العالمين»¹.
(وَتَقْتَصِرُ عَلَيْهِ) أي: على الثناء (لَا عَلَى وَجْهَتِهِ) أي: قال الشافعي: إذا كبر قرأ ﴿إِنِّي وَجَّهْتُ وَجْهِيَ لِلَّذِي فَطَرَ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضَ حَنِيفًا وَمَا أَنَا مِنَ الْمُشْرِكِينَ﴾ [الأنعام، 79/6]، ﴿قُلْ إِنَّ صَلَاتِي وَنُسُكِي وَمَحْيَايَ وَمَمَاتِي لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ، لَا شَرِيكَ لَهُ، وَبِذَلِكَ أُمِرْتُ وَأَنَا أَوَّلُ الْمُسْلِمِينَ﴾ [الأنعام، 162/6-163]. ويقتصر على هذه الآية لما روى علي رضي الله عنه «أنه صلى الله عليه وسلم كان إذا كبر قال: وجهت وجهي للذي»² إلى آخر الآية.
(وَيَجْمَعُ بَيْنَهُمَا) أي: يأمر أبو يوسف بالجمع بين الثناء والآية، ويبدأ بأيهما شاء؛ لما روى جابر: «أنه صلى الله عليه وسلم كان يجمع بينهما»³.

وقيل: إذا بلغ آخر الآية يقول ﴿وَأَنَا مِنَ الْمُسْلِمِينَ﴾ [يونس، 90/10]؛ لئلا يكذب ويفسد صلاته؛ لكن الأصح أنها لا يفسد؛ لأنه إنما يقوله على أنه من القرآن، لا على الإخبار عن نفسه.
ولنا: ما روت عائشة رضي الله عنها: «أنه صلى الله عليه وسلم إذا افتتح الصلاة، قال: سبحانك اللهم إلى آخره»⁴، ودليلنا أولى؛ لأنه رواه جماعة، وما رواه⁵ محمول على التهجد بالليل، والأمر فيه واسع، والصلاة فيما رواه مالك بمعنى القراءة من قبيل ذكر الكل وإرادة الجزء.

قال بعض المتأخرين: منهم الفقيه أبو الليث يقرأ «إني وجهت» قبل التكبير؛ لأنه أبلغ في العزيمة، وبه يعمل أكثر العوام؛ ليقوم مقام النية؛ لكن الصحيح أنه لا يستحب؛ لأن فيه طول المكث المفضي إلى ترك المسارعة إلى المغفرة. وقد روي: «أنه صلى الله عليه وسلم قال للمتوقفين في شروع الصلاة: مالي أراكم سامدين»⁶ أي: متحيرين.

(وَيَسْتَعِيدُ بِاللَّهِ مِنَ الشَّيْطَانِ الرَّجِيمِ) مختار حمزة من القراءة في الاستعاذة أن يقول: «أستعذ بالله من الشيطان الرجيم»، وما هو مختار الأكثر، وورد به الأخبار أن يقول: «أعوذ بالله من الشيطان الرجيم»، كذا في «الكفاية».

(وَيَجْعَلُهَا) أي: أبو يوسف الاستعاذة (سُنَّةَ الصَّلَاةِ)، فيأتي بها من يصلي (لَا الْقِرَاءَةَ) يعني: جعل محمد الاستعاذة تبعاً للقراءة، فيأتي بها من يأتي بالقراءة، (فَيَأْمُرُ بِهَا الْمُقْتَدِي) أي: يأمر أبو يوسف المقتدي بالاستعاذة. هذا تفرع لما قبله، يعني: فائدة الخلاف تظهر في المقتدي [25ظ]. فعند محمد: لا يستعذ؛ لأنه لا قراءة عليه. وعند أبي يوسف: يستعذ بعد الثناء؛ لأنه مصلح، (وَالْمَسْبُوقُ بَعْدَ الثَّنَاءِ) يعني: يأمر أبو يوسف المسبوق بأن يستعذ بعد الثناء؛ لأنه مصلح، (لَا عِنْدَ الْقَضَاءِ) يعني: قال محمد: يستعذ المسبوق إذا قام؛ ليقضي ما فاته مع الإمام؛ لأنه يقرأه حينئذ، (وَقَبْلَ تَكْبِيرَاتِ الْعِيدِ) يعني: يأمر أبو يوسف بالاستعاذة قبل تكبيرات الزوائد، (لَا بَعْدَهَا) يعني: قال محمد: يستعذ بعد التكبيرات؛ لأنه حينئذ يشرع القراءة.

لمحمد: قوله تعالى: ﴿فَإِذَا قَرَأْتَ الْقُرْآنَ فَاسْتَعِذْ بِاللَّهِ﴾ [النحل، 98/16] أي: إذا أردت القراءة.

وَأبي يوسف: إن الاستعاذة عند القراءة كانت لدفع وسوسة الشيطان، والمصلي أحوج من القاري لاشتمال الصلاة على الأفعال والأذكار والقراءة.

وفي «الخلاصة»: قول أبي يوسف أصح، والخلاف هكذا مذکور في «المنظومة»؛ لكن المذكور في «الهداية» أن أبا حنيفة مع محمد، فالخلاف بينه وبينهما.

(ثُمَّ يقرأ بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ) لما نقل في الروايات المشهورة هكذا.

(وَتُخْفِيهَا) أي: البسمة. وقال الشافعي: يجهر بها في الصلاة التي يجهر بالقراءة فيها.

له: ما روى أبو هريرة رضي الله عنه: «أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يجهر بالتسمية»⁷.

¹ المعجم الكبير للطبراني، 145/12. وبمعناه، مسند أحمد بن حنبل، 31/6.

² صحيح مسلم، المسافرین 202؛ سنن أبي داود، الصلاة 118.

³ السنن الكبرى للبيهقي، 35/2.

⁴ سنن أبي داود، الصلاة 119-120؛ سنن الترمذي، الصلاة 179.

⁵ وفي هامش ح: أي: الشافعي وأبو يوسف.

⁶ لم نجد مرفوعاً، وقد وري موقوفاً عن علي: السنن الكبرى للبيهقي، 20/2.

⁷ سنن الدارقطني، 75/2.

ولنا: قوله صلى الله عليه وسلم: «ثلاث يخفيهن الإمام: التعوذ، والتسمية، والتأمين»¹ وما رواه محمود على التعليم، كما روي: «أن عمر رضي الله عنه جهر بالثناء بعد التكبير للتعليم»².

(وَمَحَلُّهَا أَوَّلُ صَلَاةٍ) عند أبي حنيفة، ولا يعيد التسمية في غيره، وهو رواية الحسن عنه.
(وَقَالَ: أَوَّلُ كُلِّ رَكْعَةٍ) إذا قرأ فيها.

له: أن التسمية لافتتاح الصلاة، وهي واحدة كالفعل الواحد، ولهذا لو وقع الفساد في أولها يؤثر في آخرها، فيكفي التسمية في أولها.

ولهما: أن كل ركعة بمنزلة صلاة مبتدأة وإن³ كانت مضمومة إلى الأولى بحكم عقد التحريم، ولهذا لو حلف لا يصلي يحنث بإتمام ركعة واحدة، وهذا في الإمام والمنفرد.

وأما المقتدي، فلا يسمى أصلاً من «فتاوى العتابي».

وفي «الكفاية»: التسمية في أول كل ركعة حسن بالاتفاق. وإنما الخلاف في وجوبها فيه، فعنده: لا يجب، وعندهما: يجب.

ومن زعم أنه يسمى مرة في الأول فحسب عند أبي حنيفة، فقد غلط غلطاً فاحشاً.

(وَهُوَ رَوَايَةٌ) أي: قولهما رواية عن أبي حنيفة.

(وَأَمَرَ بِهَا بَيْنَ السُّورِ فِي الْمُخَافَةِ) يعني: قال محمد: إن خافت المصلي يأتي بالبسملة في أول كل سورة؛ لأنه أقرب إلى متابعة المصحف، وإن جهر تركها؛ لأنه إن خافت البسملة تكون سكتة في وسط القراءة، وإن جهر بها يكون جمعاً بين مخافة البسملة والجهر بها.

وقالا: لا يأتي بالبسملة بين الفاتحة والسورة مطلقاً؛ لأنها أنزلت للفصل، وليست آية من أول كل سورة، ولا من آخرها، وكتابتها في المصحف لا تدل على أنها آية من أولها أو آخرها.

(ثُمَّ يَقْرَأُ الْحَمْدَ) أي: سورة الفاتحة، (وَيَقُولُ: آمِينَ) في آخرها، وهو بالمد والقصر من أسماء الأفعال، معناه: استجب، وبتشديد الميم فيه خطأ.

(وَتُخْفِيهَا) أي: كلمة آمين. وقال الشافعي: يجهر بها الإمام والمنفرد في الصلاة الجهرية. وأما المأموم فيخافت، كذا في «الكفاية».

له: ما روي: «أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: آمين، ومد بها صوته»⁴.

ولنا: أن آمين دعاء، وسبيله الإخفاء لقوله تعالى: ﴿ادْعُوا رَبَّكُمْ تَضَرُّعًا وَخُفْيَةً﴾ [الأعراف، 55/7]، وما رواه محمود على التعليم.

(وَأَلَمْ نَفْرُضِ الْفَاتِحَةَ) وقال الشافعي: الفاتحة فرض في الصلاة، حتى لو ترك حرفاً منها يفسد صلاته، لقوله صلى الله عليه وسلم: «لا صلاة إلا بفاتحة الكتاب»⁵.

ولنا: إطلاق قوله تعالى: ﴿فَأَقْرُؤُوا مَا تَيَسَّرَ مِنَ الْقُرْآنِ﴾ [المزمل، 20/73]، فيجوز الصلاة بأي قراءة كانت، والزيادة على النص تكون نسجاً لإطلاقه، وذا غير جائز، ولا يجوز أن يجعل بياناً للآية؛ لأنه لا إجمال فيها؛ إذ المجمل ما يتعذر العمل به قبل البيان، والآية ليست كذلك.

فإن قلت: هذا خير مشهور، فيجوز الزيادة به؟

قلت: نعم، إذا كان محكماً، وما رواه محتمل؛ لأنه يجوز أن يراد به نفي الجواز، كما قال صلى الله عليه وسلم: «لا صلاة إلا بطهور»¹، وأن يراد به نفي الفضيلة، كما قال صلى الله عليه وسلم: «لا صلاة لجار المسجد»².

¹ لم نجده مرفوعاً، وروي بمعناه موقوفاً عن ابن مسعود، انظر: مصنف ابن أبي شيبة، 374/3.

² لم نجده في كتب الأحاديث، أخرجه الباري في العناية، 292/1.

³ وفي هامش ح: وصل.

⁴ سنن الترمذي، الصلاة 184؛ سنن الدارقطني، 127/2.

⁵ سنن الترمذي، الصلاة 183؛ مسند أحمد بن حنبل، 313/5.

(بَلِّغْ نَوْحِيهَا) لقوله صلى الله عليه وسلم: «كل صلاة لم يقرأ فيها فاتحة الكتاب، فهي خداج»³ أي: ناقصة، (مَعَ صَمِّ سُورَةٍ، أَوْ ثَلَاثِ آيَاتٍ) فصاعدًا لمواظبته صلى الله عليه وسلم على ذلك من غير ترك.

(وَالْفَرْضُ آيَةٌ) يعني: أدنى ما يؤدي به فرض القراءة آية قصيرة عند أبي حنيفة، ولو كانت تلك الآية كلمة ك﴿مُذْهَبَاتَانِ﴾ [الرحمن، 64/55]، أو حرفًا واحدًا ك﴿ص﴾ [ص، 1/38]، و﴿ق﴾ [ق، 1/50]، فالأصح أنه لا يجوز؛ لأنه يسمى عادةً لا قارئًا. ولو قرأ نصف آية طويلة في ركعة، ونصفها في أخرى.

قيل: لا يجوز، والأكثر على أنه يجوز؛ لأن نصف الطويلة تعدل ثلاث آيات قصار، فلا يكون أدنى من آية.

(وَقَالَا: طَوِيلَةٌ، أَوْ ثَلَاثُ آيَاتٍ، وَهُوَ رَوَايَةٌ) عن أبي حنيفة.

لهما: أنه مأمور بالقراءة، وبما دون هذا القدر لا يسمى قارئًا عرفًا، فأشبهه بما دون الآية.

وله: قوله تعالى: ﴿فَاقْرَأُوا مَا تيسَّرَ مِنَ الْقُرْآنِ﴾ [المزمل، 20/73] من غير فصل، إلا أن ما دون الآية خرج عنه بالإجماع، فيكون الآية مرادة. وهذا الخلاف [26و] راجع إلى أصل مختلف فيه، وهو أن الحقيقة المستعملة أولى من المجاز المتعارف عنده، والعكس أولى عندهما.

(وَهِيَ) أي: القراءة في الصلاة (بِالْفَارِسِيَّةِ مُجْرَئَةً) أي: نائبة مناب التلاوة بالعربي للقادر والعاجز جميعًا.

(وَقَالَا: لِلْعَاجِزِ عَنِ الْعَرَبِيَّةِ) يعني: عندهما إذا عجز عن العربية يكتفى بقراءة الفارسية، وإذا لم يعجز لا يكتفى بها. وأما صلاته فلا يفسد اتفاقًا على ما ذكر في «الهداية» و«المحيط».

وذكر قاضخان: أنها تفسد بالقراءة الفارسية عندهما، ولو قرأ بقراءة شاذة لا تفسد.

له: قوله تعالى: ﴿وَإِنَّهُ لَفِي زُبُرِ الْأَوَّلِينَ﴾ [الشعراء، 196/26] ضميره راجع إلى القرآن، ولم يكن فيها هذا النظم، فدل ذلك على أن القرآن هو المعنى، والفارسية مشتتلة على معناه، فيكون جائزًا في حق الصلاة خاصة؛ لأن المناجاة حالة دهشة. وأما في غيرها فالنظم لازم، حتى جاز للجنب قراءته بالفارسية.

قيل: جَوِّزَهَا أَبُو حَنِيفَةَ بِالْفَارِسِيَّةِ فَقَطْ لِقُرْبِهَا مِنَ الْعَرَبِيَّةِ؛ لَكِنَّ الصَّحِيحَ أَنَّهُ جَوِّزَهَا بِأَيِّ لِسَانٍ كَانَ.

ولهما: أن القرآن اسم للمنزل باللفظ العربي، كما قال الله تعالى: ﴿إِنَّا جَعَلْنَاهُ قُرْآنًا عَرَبِيًّا﴾ [الزخرف، 3/43]، فالتعبير بغيره يكون ترجمة لا قارئًا. وإنما جوزت للعاجز عن العربية إذا لم يخل بالمعنى؛ لأنه قرآن من وجه لاشتماله على المعنى، فهو بمنزلة الإيماء من الركوع، والضمير في قوله تعالى: ﴿وَإِنَّهُ لَفِي زُبُرِ الْأَوَّلِينَ﴾ [الشعراء، 196/26] راجع إلى كون محمد صلى الله عليه وسلم من المنذرين، مع أنه أنزل عليه الكتاب المبين على أن الضمير لا يصلح أن يرجع إلى القرآن بمعانيه؛ لأنه مشتمل على الأحكام المخصوصة بمكة أو المدينة، وعلى الناسخ للملل السابقة، فلا يكون ثابتًا في زبر الأولين، وإن أريد من القرآن بعضه يكون مجازًا، فلا يصار إليه بلا ضرورة. هذا إذا تيقن بأنه معنى العربية من غير أن يزيد عليه شيئًا. أما إذا زاد على طريق التفسير تفسد بالإجماع؛ لأنه غير مقطوع به. وعلى هذا الخلاف الخطبة، وجميع أذكار الصلاة من التحريمة والتشهد وغيرهما لو ذكرها بالفارسية. ولو لبى في الإحرام، أو سعى عند الذبح بالفارسية يجوز اتفاقًا، كذا في «التبيين».

(وَالْأَصَحُّ رُجُوعُهُ) أي: رجوع أبي حنيفة إلى قولهما على ما رواه أبو بكر الرازي؛ لأن ما قاله مخالف لكتاب الله ظاهرًا؛ لأنه وصف المنزل بالعربي.

(وَوُعِينُ رُكْعَتَيْنِ لِفَرْضِ الْقِرَاءَةِ لَا الْكُلِّ) يعني: قال الشافعي: يفترض القراءة في جميع الركعات فرضًا كان أو نفلًا، لقوله صلى

الله عليه وسلم: «لا صلاة إلا بقراءة، وكل ركعة صلاة»⁴، ولهذا لو حلف لا يصلي يحنث إذا أدى ركعة.

ولنا: قوله صلى الله عليه وسلم: «القراءة في الأوليين قراءة في الأخيرين»¹، وما رواه محمود على الصلاة المعهودة في الشرع، وهي ركعتان. ألا يرى أنه لو حلف لا يصلي صلاة لا يحنث إلا بأداء ركعتين.

¹ سنن الترمذي، الطهارة 1؛ سنن ابن ماجه، الطهارة 2 بمعناه.

² شرح معاني الآثار للطحاوي، 394/1؛ سنن الدارقطني، 292/2.

³ مسند الطيالسي، 290/4.

⁴ أخرجه كذلك المرغناني في الهداية (68/1) ولم نجده في كتب الحديث بتمامه. وانظر: صحيح مسلم، الصلاة 42؛ مسند أحمد بن حنبل، 308/2 بدون لفظ «وكل ركعة صلاة»، لعله قول المرغناني، لأن ابن حجر خَرَّجَهُ فِي الدَّرَايَةِ (201/1) بدون.

اعلم: أن في تكبير ركعتين دلالة على أن الأوليين غير متعينين للقراءة، حتى لو تركها فيهما. وقرأ في الآخرين جاز صلاته؛ لكن يجب عليه سجدة السهو لتركه الواجب، وهو القراءة في الأوليين.
وقال مالك: القراءة فرض في ثلاث منها إقامة للأكثر مقام الكل.
وقال زفر: فرض في الواحدة؛ لأن الأمر بالفعل لا يقتضي التكرار.
قلنا: إن الركعة الثانية كالأولى في ركنية الشفع الأول، فلما فرض القراءة في الأولى ثبت فرضيتها في الثانية بدلالة النص. وأما الشفع الثاني ليس كالأول في صفة القراءة، وفي السقوط في السفر، فلم يلحق به في فرضية القراءة، كذا في «التبيين».
(وَيُسُّ فِي الْآخِرَيْنِ الْفَاتِحَةَ خَاصَّةً) أي: بلا ضم سورة؛ لأنه صلى الله عليه وسلم: «قرأ فيهما الفاتحة فقط».²
(وَإِنْ سَبَّحَ فِيهِمَا، أَوْ سَكَتَ جَازًا)؛ لعدم فرضية القراءة فيهما؛ لكن لو سكت عمدًا يكون مسيئًا؛ لأنه ترك السنة، كذا في «المحيط».

(وَيُقْرَأُ فِي جَمِيعِ النَّفْلِ)؛ لأن كل ركعتين منه صلاة. ألا يرى أنه لا يجب بالتحريم في النفل الأربع إلا ركعتان في ظاهر الرواية، ويستفتح على رأس الآخرين، فيكون القراءة فرضًا في الأوليين من النفل بالنص، وفي الآخرين بالاستدلال، (وَالْوُتْرُ).
فإن قلت: الوتر فرض عند أبي حنيفة في العمل، فكيف فرض القراءة في ركعات الوتر، وهو من أمارات النفل؟
قلت: دليل فرضيته لما كان قاصرًا؛ لأنه من أخبار الأحاد أوجب القراءة في كل ركعته احتياطًا؛ لأن ترك القراءة في ركعة من السنة يفسدها.

(وَلَا يَتَعَيَّنُ سُورَةٌ بِصَلَاةٍ)، بحيث لا يجوز غيرها.
فإن قلت: كيف أورد بصيغة الوفاق مع أن سورة الفاتحة متعينة، لجواز الصلاة عند الشافعي؛ لأنها لا يجوز بدونها؟
قلت: المراد به: ما سوى الفاتحة بقرينة تقريره فيما سبق من أن الفاتحة فرض عنده.
(وَيُكْرَهُ التَّعْيِينُ) يعني: يكره أن يعين المصلي سورة لصلاة، ويواطب عليها لما فيه من هجران الباقي. قال الطحاوي: هذا إذا اعتقد أن الصلاة لا تجوز غيرها. وأما إذا لم يعتقد ذلك ولازمها؛ لأنها أسير، فلا يكره.
(وَيُسُّ فِي الصُّبْحِ وَالظُّهْرِ: طَوَالَ الْمُفْصَلِ) وهي عند الأكثرين من سورة الحجرات إلى سورة البروج.
(وَفِي الْعَصْرِ وَالْعِشَاءِ: [26ظ] أَوْسَاطُهُ) وهي من البروج إلى سورة ﴿لَمْ يَكُنْ﴾ [البينة، 1/98].
(وَفِي الْمَغْرِبِ: قِصَارُهُ) وهي من سورة ﴿لَمْ يَكُنْ﴾ [البينة، 1/98] إلى الآخر.
وقيل: الطوال من أول القرآن إلى ﴿عَتَسَ﴾ [عبس، 1/80]، والأوساط منها إلى ﴿وَالضُّحَى﴾ [الضحى، 1/93]، والقصار منها إلى الآخر.

والأصل في هذه السنة: ما روي أن عمر رضي الله عنه كتب إلى أبي موسى الأشعري، وأمر فيه بأن يقرأ في الصلوات من المفاصيل المذكورة على التفصيل المذكور.

ويسن في الوتر أن يقرأ في الأولى ﴿سَبَّحَ اسْمَ رَبِّكَ﴾ [الأعلى، 1/87]، وفي الثانية: ﴿قُلْ يَا أَيُّهَا الْكَافِرُونَ﴾ [الكافرون، 1/109]، وفي الثالثة: ﴿قُلْ هُوَ اللَّهُ أَحَدٌ﴾ [الإخلاص، 1/112]، لما روى: «أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يفعل كذا»،³ كذا في «المحيط».

(وَفِي السَّفَرِ وَالضَّرُورَةِ بِحَسَبِ الْحَالِ)؛ لما روي: «أنه صلى الله عليه وسلم قرأ في سفره في الفجر المعوذتين، وفي الحضر يقرأ المصلي حالة الضرورة بقدر ما لا يفوته الوقت».⁴

(ثُمَّ يَرْكَعُ مُكَبِّرًا) وفيه دلالة على أن التكبير مقارن للانحطاط؛ لأنه صلى الله عليه وسلم فعل كذا (مُعْتَمِدًا عَلَى رُكْبَتَيْهِ مُرَجِّحَ الْأَصَابِعِ) لقوله صلى الله عليه وسلم لأنس: «إذا ركعت ضع يديك على ركبتيك، وفرج بين أصابعك»⁵ (بِاسْطِ الظُّهْرِ مَعَ الرَّأْسِ)؛ لما

¹ التحقيق لابن الجوزي، 372/1.

² صحيح مسلم، الصلاة 155؛ مسند أحمد بن حنبل، 308/5.

³ سنن الترمذي، الصلاة 340؛ سنن النسائي، قيام الليل 37.

⁴ لم نجده في كتب الأحاديث، وخرجه ملا خسرو في درر الحكام (70/1).

⁵ مصنف عبد الرزاق، 151/2، 15/5، وفيه رجل لم يسم مكان أنس.

روي: «أنه صلى الله عليه وسلم كان إذا ركع بسط ظهره، ولا يرفع رأسه، ولا يضعه»¹ (وَيَقُولُ: سُبْحَانَ رَبِّيَ الْعَظِيمِ ثَلَاثًا) لقوله صلى الله عليه وسلم: «إذا ركع أحدكم، فليقل في ركوعه: «سبحان ربي العظيم» ثلاثاً»².

(وَيُسْتَحَبُّ الزِّيَادَةُ)، يعني: الثلاث أدنى كمال الجمع، فيستحب الزيادة عليه (مَعَ الْإِيْتَارِ) لقوله صلى الله عليه وسلم: «إن الله وتر يحب الوتر»³ (لِلْمُنْفَرِدِ). خص الزيادة بالمنفرد؛ لأن الإمام لا يسن له تطويل الصلاة على ما يأتي.

(وَيُسْنُ الْأَدْعِيَةَ وَالْأَذْكَارَ). اعلم: أنه إن أراد مطلق الأدعية في الصلاة لم يجز؛ لأن من الأدعية ما هو واجب كدعاء القنوت. وإن أراد أدعية مخصوصة، كما بعد التشهد والصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم، فليس في اللفظ دلالة عليه. وكذلك الأذكار منها ما هو سنة كالتحميد والتسميع. ومنها ما هو واجب كالتشهد، ولم يبين ذلك أيضاً. واستثنى في «الشرح» من التكبيرات تكبيرة الإحرام. وهذا أيضاً غير تام؛ لأن تكبيرات العيدين واجب أيضاً.

(وَالتَّسْبِيحَاتُ وَالتَّكْبِيرَاتُ)؛ لمواظبة النبي صلى الله عليه وسلم عليها.

(وَيُقْتَرَضُ) أبو يوسف (التَّعْدِيلُ)، وهو الطمأنينة (فِي الْأَرْكَانِ) أي: في الركوع والسجود والقيام بينهما، والقعود بين السجدين، وبه قال الشافعي ومالك وأحمد؛ لما روي: أنه صلى الله عليه وسلم قال لرجل ترك التعديل في صلاته: «قم فصل، فإنك لم تصل»⁴.

(وَيُوجِبَانِهِ فِي الرُّكُوعِ وَالسُّجُودِ).

فإن قلت: لم لم يقتصر المصنف على قوله: «ويوجبانه»؛ بل أضاف في الركوع والسجود؟

قلت: لو اقتصر عليه، لفهم أن التعديل في القومة بعد الركوع والجلسة بين السجدين واجب عندهما، كما كان فرضاً عنده، وليس كذلك؛ بل هو سنة فيهما، وما ذكر في المتن على رواية الكرخي. وأما على رواية الجرجاني، فالتعديل في الركوع والسجود سنة عندهما، كما أن التعديل في القومة والجلسة سنة.

وجه رواية الكرخي: أن الركوع والسجود ركنان مقصودان لذاتهما، فيجعل التعديل الذي يكملهما واجباً، والقومة والجلسة ركنان مقصودان لغيرهما، فيجعل مكملهما، وهو التعديل فيهما سنة؛ ليظهر التفاوت بينهما، وما رواه من الحديث خبر الواحد لا يثبت به الفرضية، كذا في «الكفاية».

(ثُمَّ يَقُومُ وَيَقُولُ: سَمِعَ اللَّهُ لِمَنْ حَمِدَهُ)؛ لأنه صلى الله عليه وسلم قال هكذا⁵ يعني: قبل الله حمد من حمده، كما يقال: سمع القاضي البينة، أي: قبلها، واللام في «لمن» للمنفعة، والهاء في «حمده» للكناية، كذا في «المستصفي». وذكر في «الفوائد الحميدية»: أنها للسكينة والاستراحة، كذا نقل عن الثقات.

(وَالْإِمَامُ يَكْتَفِي بِهِ) أي: بقوله: «سمع الله لمن حمده» عند أبي حنيفة، وهما لا يكتفیان به؛ بل يقولان يضم إليه الإمام «ربنا لك الحمد».

قيد بـ«الإمام»؛ لأن المقتدي يكتفي بالتحميد اتفاقاً، والمنفرد يجمع بينهما في الأصح.

لهما: ما روي: «أنه صلى الله عليه وسلم كان يجمع بين التسميع والتحميد»⁶، وغالب أحواله كان الإمامة.

وله: قوله صلى الله عليه وسلم: «إذا قال الإمام: سمع الله لمن حمده، قولوا: ربنا لك الحمد»⁷، قسم الأذكار بينهما، والقسمة يقتضي قطع الشركة، كقوله صلى الله عليه وسلم: «البينة على المدعي»⁸، واليمين على من أنكر، وما رواه محمود على حالة الانفرد والنوافل توفيقاً بين الحديثين.

¹ لم نجد بهتمامه، ولكن انظر للفظ «كان إذا ركع بسط ظهره»: السنن الكبرى للبيهقي، 113/2؛ وللفظ «وكان إذا ركع لم يرفع رأسه»: مسند أحمد بن حنبل، 31/6.

² سنن ابن ماجه، إقامة الصلاة؛ مسند الشاشي، 317/2.

³ صحيح البخاري، الدعوات؛ مسند مسلم، الذكر؛ 5.

⁴ صحيح البخاري، صفة الصلاة؛ 13، 39؛ صحيح مسلم، الصلاة؛ 45، وفيه «ارجع» مكان «قم».

⁵ صحيح البخاري، صفة الصلاة؛ 44؛ صحيح مسلم، الصلاة؛ 25.

⁶ صحيح البخاري، صفة الصلاة؛ 2، 4؛ صحيح مسلم، الصلاة؛ 28، المساجد؛ 294.

⁷ صحيح البخاري، صفة الصلاة؛ 44؛ صحيح مسلم، الصلاة؛ 71، 77.

⁸ ح: للمدعي.

اعلم: أن المفهوم من المتن: أنه لا يكبر حال الارتفاع، وهو الموافق لما ذكر في «خزانة الفقه» من أن تكبيرات فرائض يوم وليلة أربع وتسعون. وإنما يستقيم هذا إذا لم يكن عند الرفع تكبير؛ لكن ذكر في «المحيط» و«روضه الناطفي»: أنه يكبر حالة الارتفاع لما روي: «أنه صلى الله عليه وسلم وأبا بكر وعمر وعلياً كانوا يكبرون في كل خفض ورفع»¹. ويمكن أن يجاب عن الحديث: بأن المراد بالتكبير الذكر الذي فيه تعظيم الله تعالى توفيقاً.

(وَيَقُولُ الْمُؤْتَمُّ: رَبَّنَا لَكَ الْحَمْدُ)؛ ليناسب تحريض الإمام على التحميد.

(وَتَمْنَعُهُ) أي: المؤتم (عَنِ الْجَمْعِ بَيْنَهُمَا)، وقال [27و] الشافعي يجمع المؤتم بين التسميع والتحميد؛ لما روي: «أنه صلى الله عليه وسلم كان يجمع بينهما»، فالمؤتم مصل بنفسه، فيأتي بهما كما يأتي الإمام. ولنا: ما روينا من حديث القسمة بين الذكرين.

(وَيَجْمَعُ الْمُتَفَرِّدُ)، ويأتي بالتسميع حال الارتفاع، وبالتحميد حال الانحطاط، وقيل: حال الاستواء (فِي الْأَصْحِ) أي: أصح الروايتين عن أبي حنيفة؛ لما روي: «أنه صلى الله عليه وسلم جمعهما»¹.

حترز بقوله: «في الأصح» عما روي عنه أن المنفرد يأتي بالتسميع فقط؛ لأنه مستقل في نفسه كالإمام، وعما روي عنه أن المنفرد يكتفي بالتحميد؛ لأن التسميع كان لتحريض غيره على الحمد، وليس معه غيره ليحرضه.

(وَتَتْرَكَ رَفْعَ الْيَدَيْنِ فِي الْحَالَيْنِ) أي: في حال الانحطاط للركوع، وحال القيام منه. وقال الشافعي: هو سنة فيهما؛ لما روي: «أنه صلى الله عليه وسلم كان يرفع يديه عند الركوع، والقيام منه»².

ولنا: ما قال ابن مسعود رضي الله عنه: «صليت مع النبي صلى الله عليه وسلم، وأبي بكر، وعمر رضي الله عنهما فلم يرفعا أيديهم إلا عند افتتاح الصلاة»³، وذا يدل على أن الرفع منسوخ.

(ثُمَّ يَنْحَطُّ لِلسُّجُودِ مُكَبِّرًا، وَيَضَعُ رُكْبَتَيْهِ أَوْلًا، ثُمَّ يَدِينَهُ)؛ لما روي: «أنه صلى الله عليه وسلم كان يفعل كذا»⁴، وفي النهوض بالعكس.

وفي «الحقائق»: هذا إذا كان المصلي حائثاً⁵، وإن كان ذا خف لا يمكن وضع الركبتين قبل اليدين، فإنه يضع يديه أولاً، ويقدم اليمنى على اليسرى.

(وَلَمْ يُخَيَّرُوهُ) أي: لم يخير أئمتنا المصلي في وضع ركبتيه ويديه. وقال مالك: هو مخير في البداية بوضع ركبتيه أو يديه؛ لأن المقصود هو السقوط للسجود، وأنه حاصل كيف وضع؟

(وَتَسُنُّ هَذَا الْوَضْعَ) أي: وضع اليدين والركبتين في السجود. وقال الشافعي: إنه واجب لقوله صلى الله عليه وسلم: «أمرت أن أسجد على سبعة أعضاء: على الوجه، واليدين، والركبتين، والقدمين»⁶.

ولنا: أن السجدة لغة حاصلة بوضع الوجه والقدمين بدون وضع اليدين والركبتين، ولهذا جاز صلاة من شُدَّ يدها إلى خلفه بالإجماع، والأمر فيما رواه محمود على الندب. ذكر القُدوري: لو رفع أصابع رجليه حال السجود: لا يجوز صلاته.

(فَلَا نَشْتَرِطُ طَهَارَةَ مَكَانِهِ) أي: مكان وضع اليدين والركبتين. وهذه المسألة فرع لما قبلها، فيكون طهارته شرطاً عنده.

(وَلَا يَفْتَرِشُ ذِرَاعَيْهِ)؛ لأن «النبي صلى الله عليه وسلم نهى عنه»⁷ (وَيُبْدِي) بسكون الباء، أي: يظهر (ضَبْعَيْهِ) وهو بسكون الباء: العضد، لقوله صلى الله عليه وسلم: «وابد ضبعيك»⁸ (وَيُجَافِي) أي: يباعد (بَطْنَهُ عَنْ فَخْدَيْهِ)؛ لأنه صلى الله عليه

¹ مسند أحمد بن حنبل، 443/1.

² صحيح البخاري، صفة الصلاة؛ صحيح مسلم، الصلاة 21.

³ مسند أبي يعلى، 453/8؛ سنن الدارقطني، 52/2.

⁴ سنن أبي داود، الصلاة 136-137؛ سنن الترمذي، الصلاة 199.

⁵ أي: خائلاً عن الخف.

⁶ المعجم الأوسط للطبراني، 192/2. وأيضاً: صحيح البخاري، صفة الصلاة؛ سنن الترمذي، الصلاة 203.

⁷ صحيح البخاري، صفة الصلاة 57 تعليماً؛ سنن الترمذي، الصلاة 205؛ سنن ابن ماجه، إقامة الصلاة 21.

⁸ مصنف عبد الرزاق، 170/2 من قول ابن عمر. وبلغظ «وتجاف عن ضبعيك» انظر: صحيح ابن خزيمة، 325/1؛ صحيح ابن حبان، 242/5.

وسلم كان يفعل كذا،¹ (في غَيْرِ رَحْمَةٍ) قيد به؛ لأنه لو كان في الصف، وحال الازدحام: لا يبدي ضبعيه، ولا يجافي بطنه خوفاً من الإيذاء.

(وَتَنْخَفِضُ الْمَرْأَةُ) في سجودها، وتلرق بطنها إلى فخذها؛ لأن ذلك أستر لها.

(وَيُوجِّهُ أَصَابِعَهُ إِلَى الْقِبْلَةِ)؛ لأن كل عضو ساجد لله تعالى، فيوجهه إلى القبلة ما استطاع.

(وَيَسْجُدُ بَيْنَ كَفْيَيْهِ عَلَى أَنْفِهِ وَجَبْهَتِهِ). قدم الأنف في الذكر مع أن وضع الجبهة أقوى منه في السجدة؛ لأن المصلي يضع أولاً ما كان أقرب إلى الأرض عند السجود، (وَيَقُولُ: سُبْحَانَ رَبِّيَ الْأَعْلَى ثَلَاثًا)، لقوله صلى الله عليه وسلم: «إذا سجد أحدكم، فليقل: سبحان ربي الأعلى ثلاثاً».² وإنما لم يذكر استحباب الزيادة هنا؛ اكتفاءً بذكره في الركوع.

(وَالِاقْتِصَارُ) في السجدة (عَلَى الْأَنْفِ) وهو اسم لما صلب منه (جَائِزٌ) عند أبي حنيفة (مِنْ غَيْرِ عُذْرٍ) يمنع عن السجود على الجبهة، (مَعَ الْإِسَاءَةِ) أي: الكراهة. وقالوا: لا يجوز.

قيد بـ«الأنف»؛ لأن الاقتصار على الأرنبة، وهي ما لَانَ منه غير جائز اتفاقاً، وعلى الجبهة جائز اتفاقاً، ولكنه يكره إن لم يكن على الأنف عذر، وعليه رواية «الكنز». وكره بأحدهما وعلى الخد والذقن غير جائز اتفاقاً.

وقيد بقوله: «من غير عذر»؛ لأن الاقتصار عليه مع العذر على الجبهة جائز اتفاقاً.

(وَرُوي عَنْهُ) أي: عن أبي حنيفة (قَوْلُهُمَا، وَعَلَيْهِ الْفَتْوَى).

لهما: قوله صلى الله عليه وسلم: «أمرت أن أسجد على سبعة أعضاء: على اليدين، والركبتين، والقدمين، والجبهة، والأنف»³، غير هذه الأعضاء، فيجب أن لا يتأدى بوضع الأنف مجرداً، كما لا يتأدى بوضع الخد والذقن.

وله: أن المشهور في الخبر الوجه لا الجبهة؛ لكن كل الوجه غير مراد بالإجماع، ويراد⁴ بعضه، والخد والذقن حُرْجًا عنه بالإجماع؛ لأن التعظيم لم يُشْرَعْ بوضعهما، فبقي الجبهة والأنف، فكما جاز الاكتفاء بالجبهة يجوز بالأنف.

فإن قلت: إذا وضع من الجبهة مقدار الأنف هل يجوز عند أبي حنيفة؟

قلت: ذكر في «التجنيس»: أنه لا يجوز؛ لأن الأنف عضو كامل. وهذا المقدار من الجبهة ليس بعضو كامل، ولا بأكثر منها.

(وَتُجِزُّهُ) أي: السجود (عَلَى فَاضِلِ ثَوْبِهِ، وَكُورِ عِمَامَتِهِ) أي: دورها إذا وجد حجم الأرض. قال الشافعي: لا يجوز لما روى

خباب بن الأرت: «أنه شكَا النبي صلى الله عليه وسلم من حر الرضاء في جبهته، ولم يأذن له بالسجدة على طرف ثوبه»⁵، وقوله صلى الله عليه وسلم: «الزُّقُّ جبهتك على الأرض يا رياح»⁶.

ولنا: ما روي: «أنه صلى الله عليه وسلم سجد [27ظ] على كور عمامته، وعلى فاضل ثوبه»⁷.

قيدنا بـ«وجدان الحجم»؛ لأنه لو لم يجد حجم الأرض لا يجوز اتفاقاً. وتفسير «وجدان الحجم» ما قالوا من أن الساجد إن بالغ لا يتسفل رأسه أبلغ من ذلك، ولو سجد على الثلج أو القطن المحلوج إن كان متلبداً، ووجد حجم الأرض يجوز، وإلا فلا، كذا في «المجتبى».

(وَلَمْ يَكْرَهُهُ عَلَى جِلْدٍ وَمَسْحٍ) بكسر الميم، أي: بلاس. قال مالك: السجود على ما أنبت الأرض أفضل، لما روي: «أنه

صلى الله عليه وسلم كان يطلب الخمرة إذا أراد الصلاة»⁸، وهي سَجَادَةٌ صغيرة يعمل من سَعَفِ النخل.

ولنا: ما روي: «أنه صلى الله عليه وسلم سجد على فروة مدبوغة»⁹، ولو كان مكروهاً لما فعله.

¹ السنن الكبرى للبيهقي، 367/2.

² سنن أبي داود، الصلاة 149-150؛ سنن ابن ماجه، إقامة الصلاة 20.

³ المعجم الكبير للطبراني، 9/11.

⁴ ح: فيراد.

⁵ صحيح مسلم، المساجد 189-190؛ السنن الكبرى للبيهقي، 107/5 بمعناه.

⁶ مسند أحمد بن حنبل، 323/6؛ صحيح ابن حبان، 241/5 بلفظ «تَرَبَّ يَا رَبَّاحَ وَجْهَكَ».

⁷ مصنف عبد الرزاق، 400/1 بدون لفظ «وعلى فاضل ثوبه». وانظر لآخره: صحيح مسلم، المساجد 270 بمعناه.

⁸ صحيح مسلم، الحيض 11؛ سنن أبي داود، الطهارة 103 بمعناه.

⁹ مسند أحمد بن حنبل، 254/4؛ مصنف ابن أبي شيبة، 356/3.

(وَيُكْمَلُ) أبو يوسف (السَّجْدَةَ بِالْوَضْعِ) أي: سجدة الصلاة بوضع الرأس على الأرض (لَا بِالرَّفْعِ) أي: قال محمد: يكمل برفعه؛ لأن تمام الشيء بانتهاؤه، وانتهاء السجدة برفع الرأس.
ولأبي يوسف: أن السجود عبارة عن الانخفاض، وإذا يتم بوضع الرأس، فمن شرط الرفع، فقد زاد على النص.
وفي «الحقائق»: يفتى بقول محمد؛ لأنه أرفق وأقيس.
فيدنا بـ«سجدة الصلاة»؛ لأن سجدة التلاوة على ظاهر الجواب لا يتم بالوضع اتفاقاً، حتى لو تكلم فيها، أو أحدث، فعليه إعادتها، كذا في «الخانبة».

وفائدة الخلاف تظهر فيمن صلى الظهر خمساً، ولم يقعد في الرابعة.
ويقيد الخامسة بـ«السجدة»، وسبقه الحدث فيها لا يمكن إصلاح صلاته عند أبي يوسف؛ لأنه بمجرد الوضع تم الخامسة، ففسد فرضه لفوات القعدة الأخيرة عنه.

وعند محمد: لم يتم الخامسة، فيتوضأ، ويتم الفرض بالقعود. حكي أن سائلاً سأل أبا يوسف عن هذه المسألة، فقال: بطلت صلاته، وسأل محمداً عن هذه، فقال: جازت صلاته، فأخبر أبا يوسف بما قال محمد، فقال أبو يوسف: زه صلاة فسدت يصلحها الحدث. «زه» كلمة تذكر عن الاستعجاب، والفتوى على قول محمد؛ لأنه أرفق وأقيس من «جامع البزدوي».
(ثُمَّ يَكْبُرُ وَيَقْعُدُ)، ولو لم يقعد؟ فعن أبي حنيفة: أنه إن كان إلى القعود أقرب جاز سجده الثانية؛ لأنه يعد قاعداً، وإن كان إلى الأرض أقرب لا يجوز؛ لأنه يعد ساجداً، وهو مختار صاحب «الهداية». وقال القدوري: إذا رفع رأسه مقدار ما يسمي رافعاً جاز، وهو مختار صاحب «المحيط».

(ثُمَّ يَكْبُرُ، وَيَسْجُدُ ثَانِيَةً) قيل: الحكمة في تكرارها أن الأولى لامتنال الأمر، والثانية لترغيم إبليس. وقيل: الأولى إشارة إلى أنه خلق من تراب، والثانية إلى أنه يعود إليه، والأحسن أن يقال: إنه تعبدى، فلا يطلب فيه المعنى كأعداد الركعات.
(ثُمَّ يَكْبُرُ وَيَنْهَضُ) أي: يقوم (إِلَى الرُّكْعَةِ الثَّانِيَةِ، وَلَا نَسْنُ جُلْسَةَ الاسْتِرَاحَةِ) وهي الجلسة الخفيفة بعد السجدة الثانية. قال الشافعي: إنها سنة لما روي: «أنه صلى الله عليه وسلم كان يجلس هكذا»¹.

ولنا: ما روى أبو هريرة رضي الله عنه: «أنه صلى الله عليه وسلم كان يتنهض في الصلاة على صدور قدميه»²، وكذا عن عليّ وابن مسعود وابن عمر، ولأن هذه قعدة استراحة، والصلاة ما وضعت لها، وما رواه محمول على حالة العذر بسبب الكبر.
(وَتَفَارِقُ) الركعة الثانية (الْأُولَى فِي النَّوَاءِ وَالتَّعْوُذِ) من حيث إنهما لا يوجدان في الثانية؛ لأنهما لم يشعرا إلا مرة.
(وَأَمَرَ) محمد (بِتَقْصِيرِهَا عَنْهَا) أي: يجعل الركعة الثانية أقصر من الأولى في القراءة (مُطْلَقًا) أي: في الصلوات كلها، وهذا الأمر للاستحباب (كَالْفَجْرِ) أي: كما أن ثانية الفجر كانت أقصر من الأولى بالاتفاق. وقالوا: يستوي بينهما في غير الفجر. له: ما روى أبو قتادة: «أنه صلى الله عليه وسلم كان يطيل الركعة الأولى على الثانية في الصلوات كلها»³.

ولهما: أن الركعتين مستويتان في استحقاق القراءة، فيستويان في قدرها، وما رواه محمول على الإطالة بالنشاء والتعوذ، وقياسه على الفجر غير صحيح؛ لأن وقته وقت نوم وغفلة، فشرع تطويل الأولى فيه؛ ليدرك الناس الجماعة.
اعلم: أن هذا الخلاف في الصلوات الخمس. وأما في الجمعة والعيدين، فيستوي القراءة بين الركعتين اتفاقاً، كذا في «نظم الإمام البزدوي».

قيد بـ«تقصيرها»؛ لأن إطالة الثانية على الأولى مكروهة اتفاقاً.
والمعتبر في الزيادة والنقصان ثلاث آيات، وما دونها غير معتبر؛ لثبوت الحرج في الاحتراز عنه، هذا في الفرائض. وأما في النوافل، فإطالة الثانية غير مكروهة، كذا في «جامع المحبوبي».
قيل: الخلاف في الإمام؛ لأن عليه رعاية حق القوم. وأما المنفرد، فيقرأ ما شاء. وفي كتاب «المجرد»: الأفضل أنه كالإمام.
(وَلَمْ يَتَوَرَّكُوا فِي الْقَعْدَتَيْنِ). قال مالك: السنة أن يتورك في القعدتين، أي: يخرج رجله من الجانب الأيمن، وتُلصِقُ أَلْيَتَهُ عَلَى الْأَرْضِ، كذا في «المحيط»، و«المصنفى»، و«الهداية»، وغيرها.

¹ صحيح البخاري، صفة الصلاة؛ 59؛ سنن أبي داود، التطوع؛ 14.

² سنن الترمذي، الصلاة؛ 214.

³ سنن النسائي، الصلاة؛ 60؛ صحيح ابن خزيمة، 40/3. وعن عبد الله بن أبي أوفى انظر: السنن الكبرى للبيهقي، 66/2.

ذكر المصنف في «الشرح»: هو أن يجلس على أليتيه، وينصب رجله اليمنى، ويخرج اليسرى من تحتها؛ [28و] لما روي
قعود النبي صلى الله عليه وسلم في الصلاة كذلك.

(فَتَفْتَرِشُ فِيهِمَا) يعني: السنة في القعدتين عندنا: أن يفتريش المصلي رجله اليسرى، وينصب رجله اليمنى، ويوجه أصابعه نحو
القبلة؛ لما روت عائشة رضي الله عنها: «أنه صلى الله عليه وسلم قعد فيهما كذلك»¹، وما روى من توركه محمول على ضعفه وكبره،
(لَا فِي الْأُولَى فَقَطُّ) يعني: السنة عند الشافعي: أن يفتريش في القعدة الأولى، ويتورك في الثانية؛ لما روي: «أنه صلى الله عليه وسلم
كان يتورك في الأخيرة»².

(وَتَتَوَرَّكُ الْمَرْأَةُ)؛ لأنه أستر لها، (وَيَبْسُطُ أَصَابِعَهُ عَلَى فَخْدَيْهِ)؛ لأنه صلى الله عليه وسلم فعل كذا،³ (وَيَتَشَهَّدُ) أي: يقرأ
التحيات لله إلى آخره، وهذا من باب إطلاق اسم البعض على الكل؛ لأن التشهد بعض التحيات. وهذا التشهد ما رواه ابن مسعود،
قال: «أخذ بيدي رسول الله صلى الله عليه وسلم يعلمني التشهد»⁴، فقال: قل: (التَّحِيَّاتُ لِلَّهِ) أي: العبادات القولية لله،
(وَالصَّلَوَاتُ) أي: العبادات الفعلية لله، (وَالطَّيِّبَاتُ) أي: العبادات المالية لله. وهذا على مثال من يدخل على السلطان، فيثنيه أولاً، ثم
يخدم، ثم يبذل المال.

(السَّلَامُ عَلَيْكَ أَيُّهَا النَّبِيُّ وَرَحْمَةُ اللَّهِ وَبَرَكَاتُهُ) قيل: لما أتى النبي صلى الله عليه وسلم ليلة المعراج على الله تعالى بالأشياء
المذكورة، رد عليه صلى الله عليه وسلم بمقابلة التحيات، والرحمة بمقابلة الصلوات، والبركة بمقابلة الطيبات. البركة: النماء والزيادة.

(السَّلَامُ عَلَيْنَا وَعَلَى عِبَادِ اللَّهِ الصَّالِحِينَ). وهذا السلام مقول النبي صلى الله عليه وسلم في تلك الليلة.
(أَشْهَدُ أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ) وفي «منية المفتي»: رفع سبائته اليمنى في التشهد عند التهليل مكروه.
وفي «المحيط»: أنه سنة يرفعها عند النفي، ويضعها عند الإثبات، وهو قول أبي حنيفة ومحمد، وكثرت به الأخبار والآثار،
فالعمل بها أولى.

(وَأَشْهَدُ أَنْ مُحَمَّدًا عَبْدُهُ وَرَسُولُهُ).

(وَيَجِبُ فِيهِمَا) أي: التشهد في القعدتين بمواظبته صلى الله عليه وسلم على ذلك فيهما.
(وَلَا نَفْرُضُهُ فِي الثَّانِيَةِ). وقال الشافعي: التشهد فرض في القعدة الثانية؛ لما روي: «أنه صلى الله عليه وسلم قرأ التشهد فيها،
وأمرهم بذلك»⁵.

قلنا: هذا يدل على الوجوب دون الفرض.

(وَتُعْطَفُ فِيهِ) أي: في التشهد (بِأَوَّيْنٍ) يعني: نقول: والصلوات والطيبات، (وَلَا تَشْرُكُهُ) أي: العطف. وعند الشافعي: يتركه،
ويقول: التحيات المباركات، الصلوات الطيبات لله. هذا مخالف لما في «المنظومة»؛ لأن المذكور فيه: أن التشهد بواو واحدة عنده،
وهو يقول: التحيات⁶ والصلوات الطيبات الزاكيات لله. روي أن أعرابياً دخل على أبي حنيفة في المسجد، فقال: أَرَأَوِ أُمَّ بَوَّائِينَ؟
فقال: بواوين، فقال: بارك الله فيك كما بارك في لا ولا، ثم ولى، فسأل أصحابه عن سؤاله، فقال: سألتني عن التشهد أنه بواوين أم
بواو؟ قلت: بواوين، فقال: بارك الله فيك كما بارك في شجرة مباركة زيتونة لا شرقية ولا غربية. فيحتمل أن يكون عنه روايتان.

ويجوز أن يقرأ قوله: ولا نبركه بتشديد الراء من التبريك، يعني: لا نقول في التشهد: المباركات؛ لكن على هذا التوجيه كان
على المؤلف أن يردف قول الشافعي، ويقول: لا بواو واحدة.

(وَتُعْرَفُ السَّلَامُ) يعني: نقول فيه: السلام عليك، السلام علينا، والشافعي يقول: سلام عليكم أيها النبي ورحمة الله وبركاته،
سلام علينا إلى آخره.

له: أن ابن عباس روى التشهد عن النبي صلى الله عليه وسلم هكذا.⁷

¹ صحيح مسلم، الصلاة: 240؛ سنن أبي داود، الصلاة: 121-122.

² صحيح البخاري، صفة الصلاة: 61 بمعناه وهو «وإذا جلس في الركعة الآخرة قدم رجله اليسرى ونصب الأخرى وقعد على مقعدته».

³ صحيح مسلم، المساجد: 114، 116؛ سنن النسائي، السهو: 30.

⁴ صحيح ابن حبان، 294/5. ومعناه: صحيح البخاري، الاستاذان: 28؛ صحيح مسلم، الصلاة: 59.

⁵ صحيح ابن خزيمة، 350/1، بمعناه وليس فيه الأمر به.

⁶ د + لله.

⁷ السنن الكبرى للنسائي 222/1 وليس عن ابن عباس؛ هو من رواية أبي موسى.

ولنا: ما رواه ابن مسعود رضي الله عنه من التشهد، والأخذ به أولى؛ لأن عامة الصحابة أخذوا بتشهده، حتى روي أن أبا بكر رضي الله عنه كان يعلم الناس على المنبر بتشهده، ولأن فيه تأكيد التعليم، وهو الأخذ بيد الراوي، والأمر وهو «قُلْ»، وتعريف السلام باللام الدالة على الجنس، وزيادة الواو الدالة على أن كل صفة ثناء على جدّة.

(وَنَدْعُو فِي الْأَخِيرَةِ بِمَا يُنَاسِبُ الْأَدْعِيَةَ الْمَأْتُورَةَ) أي: المنقولة بالأثر من دعاء المغفرة والاستعاذة من سوء الأحوال؛ لما روي: «أنه صلى الله عليه وسلم كان يدعو لنفسه في الثانية دون الأولى»،¹ ولهذا قيدها بـ«الأخيرة»، حتى لو زاد على التشهد في الأولى يلزمه السهو (لا مُطْلَقًا) يعني: قال الشافعي: يجوز أن يدعو في الصلاة بما يتعلق بالدنيا، كقوله: «اللهم ارزقني السلامة بديارهم جزيلة، وجواري جميلة»؛ لما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «سلوا الله حوائجكم، حتى الشسع لنعالكم، والملح لقدمكم». ² ولنا: قوله صلى الله عليه وسلم: «إن صلاتنا هذه لا تصلح شيئًا من كلام الناس»،³ وما رواه غير مختص بالصلاة، فيحمل على خارجها لما روينا، وما لا يستحيل سؤاله من العباد، فهو من كلام الناس، حتى لو قال: وقتنا عذاب الفقر يفسد صلاته؛ لأن سؤال الأمان من الفقر غير محال من العباد. هذا إذا لم يقعد قدر التشهد في آخر الصلاة. وأما إذا قعد، فصلاته تامة إن لم يكن مسبوقًا، ويخرج به منها.

(بَعْدَ الصَّلَاةِ عَلَى النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ). إنما قدّمها على دعائه؛ لأن من أتى باب الملك لا بد من التحفة لخاصته، وأخص خواصه هو النبي صلى الله عليه وسلم، وتحفته الصلاة عليه، أو لأن تقديمها عليه أقرب للإجابة؛ لأن الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم مستجابة، والدعاء بعد المستجاب يرجى أن يستجاب؛ [28ظ]؛ لأن الكريم بعد إجابته أوّل المسؤولات عنه لا يرد باقيها.

(وَنَفْرُضُهَا فِي الْعُمْرِ مَرَّةً)؛ لأننا مأمورون بالصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم، والأمر بالفعل لا يقتضي التكرار، (لا في كُلِّ صَلَاةٍ) يعني: قال الشافعي: لا يصح صلاة بدون الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم لقوله صلى الله عليه وسلم: «لا صلاة لمن لم يصل عليّ في صلاته». ⁴

(فَتُسَنُّ فِيهَا) يعني: نجعل الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم في الصلاة سنة؛ لأنها لو كانت فريضة، لعلمها النبي صلى الله عليه وسلم الأعرابي حين علمه أركان الصلاة، وما رواه محمود على نفي الكمال.

(وَقِيلَ: يَجِبُ) يعني: الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم واجبة على الذّاكر والسامع (كُلَّمَا ذُكِرَ) لقوله صلى الله عليه وسلم: «من ذكّرْتُ عنده، ولم يصل عليّ، فقد جفاني»،⁵ وهذا قول الطحاوي.

اعترض عليه فخر الإسلام في «الجامع الكبير»: بأن الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم لم تخل عن ذكره، ولو وجبت كلما ذكر لا نجد فراغًا عن الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم مدة عمرنا.

وأجيب عنه: بأن الفراغ يوجد بالتداخل، كما في سجدة التلاوة إذا اتحد المجلس؛ لكن لقائل أن يمنع هذا الجواب: بأن التداخل يوجد في حق الله، والصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم حقه.

وفي قوله: «جفاني» دلالة عليه، ولا تداخل في حقوق العباد، ولهذا قالوا: من عطس، وحمد الله مرارًا في مجلس، ينبغي للسامع أن يشتمته في كل مرة.

ويجيب عن اعتراضه: بأن نقول: المراد من ذكر النبي صلى الله عليه وسلم الموجب للصلاة عليه الذكر المسموع في غير ضمن الصلاة عليه.

قال الإمام السرخسي: والمختار: أنها مستحبة كلما ذكر النبي صلى الله عليه وسلم، وعليه الفتوى.

أقول: لو قال المصنف: «فنجعلها فيها سنة لا فريضة، وتجب في العمر مرة. وقيل: كلما ذكر»، لكان أوجز تركيبيًا، وأحسن ترتيبًا، لا يخفى على من كان لبيباً.

¹ صحيح مسلم، المساجد 128؛ سنن أبي داود، الصلاة 178-179 بمعناه.

² مسند أبي يعلى، 44/8 بغير ذكر الملح، وهما حديثان متفرقان، انظر لهما: السنن الكبرى للبيهقي، 42/2.

³ سنن النسائي، السهو 20؛ مسند الطيالسي، 427/2.

⁴ سنن الدارقطني، 171/2.

⁵ المعجم الأوسط للطبراني، 162/4 بلفظ: «فقد شقي» مكان «فقد جفاني». وأوصفه النبي بالبخل، انظر: سنن الترمذي، الدعوات 101.

(ثُمَّ يَقُولُ: السَّلَامُ عَلَيْكُمْ وَرَحْمَةُ اللَّهِ وَجُودًا) يعني: يجب الخروج من الصلاة بالسلام.

(وَلَا تَنْفِرْهُ) أي: قال الشافعي: هو فرض لقوله صلى الله عليه وسلم: «تحليلها التسليم».¹

ولنا: ما روي: أنه صلى الله عليه وسلم قال: «إذا قعد الإمام في آخر صلاته، ثم أحدث قبل أن يسلم، فقد تمت صلاته»² وما رواه لا يدل على الفرضية؛ لأنه خبر الواحد؛ بل يدل على الوجوب، وقد قلنا به.

(وَأَمَرُوا بِهِ) أي: بالسalam (يَمِينًا وَشِمَالًا لَا مَرَّةً تَلْقَاءَهُ) يعني: عند مالك: يسلم مرة جهة وجهه؛ لما روي: «أنه صلى الله عليه وسلم كان يسلم تلقاء وجهه».³

ولنا: ما روى كثير من الصحابة: «أنه صلى الله عليه وسلم كان يسلم عن يمينه وشماله، حتى يرى بياض خديه»⁴ ولو سلم تلقاء وجهه يصرف ذلك عندنا إلى اليمين، فيعيده عن يساره، كذا في «المحيط».

(وَيُنَوِّي الْإِمَامَ فِيهِمَا) أي: في تسليمتيه (الرِّجَالِ وَالْحَفَظَةَ)، وهم الملائكة الذين يحفظونه؛ لأن الإمام بمناجاة الرب صار بمنزلة الغائب، فلما فرغ عنها يسلم على الحاضرين، وينويهم.

وقيل: ينوي بالأول الحاضرين، وبالثاني جميع الصالحين. خص الرجال بالذكر؛ لأن الصحيح أنه لا ينوي النساء في زماننا.

وقيل: إنما ينويهم بالسalam؛ ليصير عوضًا من إحافهم الإمام بالنية وقت سلامهم.

ذكر صدر الإسلام في «الجامع الصغير»: هذا شيء تركه جميع الناس، لعمرى قد قال: حقًا؛ لأن النية في السلام صار كالشريعة المنسوخة لا يكاد ينويهم أحد إلا الفقهاء، وفيهم نظر.

(وَالْمَأْمُومُ) أي: ينوي المأموم (إِمَامَهُ أَيْضًا) أي: كنية الرجال والحفظة. وإنما خصه المأموم بالنية مع دخوله في الحاضرين؛ لأنه أحسن إليه بأن يلتزم صلاته صحة وفسادًا (فِي جِهَتَيْهِ) أي: جهة الإمام. يعني: إن كان الإمام عن يمينه نواه في التسليمة الأولى، وإن كان عن شماله نواه في الثانية.

(وَإِنْ خَادَاهُ) أي: إن كان المأموم محاذيًا للإمام (نَوَاهُ فِيهِمَا) أي: في التسليمتين؛ لأنه ذو حظ من الجانبين.

وفي «المجرد»: روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: «يكتب للذي خلف الإمام بحذائه في الصف الأول ثواب مائة صلاة، وللذي في الأيمن خمسة وسبعون، وللذي في اليسار خمسون، وللذي في سائر الصفوف خمسة وعشرون».⁵

(وَالْمُنْفِرُ) أي: ينوي المنفرد (الْحَفَظَةَ)؛ لأنه ليس معه سواهم.

(وَجَعَلَهُ) أي: محمد السلام (مِنَ الْإِمَامِ مُخْرَجًا لِلْمُقْتَدِي). وقالوا: لا يخرج المقتدي من صلاته بسلام الإمام، حتى يوجد منه فعل يخرجها منها.

وفي «الحقائق»: الخلاف فيما إذا لم يبق عليه شيء من واجبات الصلاة؛ إذ مع بقاء شيء منها لا يخرج بسلام الإمام اتفاقًا كاللاحق إذا نام، فلم يتشهد حتى سلم الإمام ينبغي أن يتشهد، ثم يسلم، وبسلام الإمام من أحد الجانبين يخرج من الصلاة. وفائدة الخلاف تظهر في فقهه المقتدي في تلك الحالة، فعند محمد: لا ينتقض طهارته، وعندهما: ينتقض.

له: أن المقتدي تبع للإمام، فإذا خرج الأصل خرج التبع، كما لو فقهه الإمام، أو أحدث بالعمد.

ولهما: أن سلام الإمام يوجب تمام صلاته دون صلاة المقتدي. ألا يرى أنه لو كان مسبوقًا كان عليه أن يتم صلاته، ثم يخرج [29] فتمام صلاة كل واحد يكون بفعله لا بفعل غيره، بخلاف الحدث العمد والقهقهة؛ لأنهما قاطعان للصلاة، فيقطع صلاة الإمام، فيقطع صلاة المقتدي.⁶

¹ سنن أبي داود، الطهارة 31؛ سنن الترمذي، الصلاة 176.

² سنن الدارقطني، 217/2.

³ سنن الترمذي، الصلاة 222؛ سنن النسائي، المواقيت 45.

⁴ سنن أبي داود، الصلاة 187-188؛ صحيح ابن حبان، 333/5.

⁵ لم نجده في كتب الحديث، وانظر: ملا خسرو، درر الحكام، 90/1.

⁶ د: لأنهما غير متممان؛ بل مفسد أن للصلاة، فإذا فسد صلاة الإمام فسد صلاة المقتدي.

(وَعَكْسُهُ) أي: عكس محمد الحكم السابق (فِيَمِنْ عَلَيْهِ سُجُودُ السَّهْوِ) يعني: جعل سلام مَنْ¹ عليه سجدة سهو غير مخرج للمقتدي من الصلاة؛ لأن سجدة السهو لما وجبت عليه لزم أن يبقى جزء من الصلاة؛ لينجبر نقصانها بسجود واقع فيها؛ إذ بالسجود الواقع في خارج لا ينجبر نقصانها.

(وَأَوْقَفْنَا خُرُوجَهُ) يعني: قالوا: يخرج الإمام في الصلاة المذكورة² خروجًا موقوفًا، (فَإِنْ سَجَدَ عَادَ) إلى الصلاة، فصار في حكم الداخل فيها قبل السجدة لضرورة أن تقع الجارية في جزء منها، وإن لم يسجد انعدمت، فعمل السلام المحلل عمله من وقت وقوعه.

وفائدة الخلاف تظهر في أنه لو اقتدى به إنسان في تلك الحالة، فعندهما: إن عاد إلى سجود السهو صح اقتداؤه لكون الإمام³ في الصلاة، وإن لم يعد لم يصح اقتداؤه لوقوعه في خارج الصلاة. وعند محمد: صح اقتداؤه عاد أو لم يعد. وفي أن المسافر لو نوى الإقامة في تلك الحالة يتحول فرضه أربعًا عند محمد سجد للسهو أو لم يسجد. وعندهما: لا يتحول لوقوع النية خارج الصلاة، وسقط عنه سجدة السهو⁴.

(وَقَهَقَهُتُهُ عَوْضُهُ) أي: قهقهة الإمام في آخر صلاته عوض السلام (تُفْسِدُ صَلَاةَ الْمَسْبُوقِ) عند أبي حنيفة. وقالوا: لا تفسد؛ لأن القهقهة لم تفسد صلاة الإمام مع صدورها منه، فبالأولى أن لا تفسد صلاة من لم تصدر منه، وهو المسبوق، فصار كما لو سلم الإمام، أو تكلم.

وله: أن القهقهة أفسدت الجزء الذي لاقته من صلاة الإمام، فأفسدت من صلاة المسبوق الجزء الذي بيتني عليه إلا أن الإمام استغنى عن ذلك الجزء، لعدم احتياجه إلى البناء، والمسبوق يحتاج إليه؛ لأنه في أثناء صلاته، والبناء على الفاسد فاسد، فيفسد صلاته، بخلاف السلام؛ لأنه مُنْهٍ ومحلل، وكذا الكلام.

قيد بـ«قهقهة الإمام»؛ لأن سلامه وكلامه لا يفسد صلاة المسبوق اتفاقًا. وكذا قهقهة المسبوق تفسد صلاته اتفاقًا.

وقيد بقوله: «عوضه»؛ لأنه لو قهقهه قبل التشهد تفسد صلاة الجميع اتفاقًا.

وقيد بـ«المسبوق»؛ لأن صلاة الإمام والمدرک تامة اتفاقًا، وفي صلاة اللاحق روايتان.

وفي «المحيط»: الخلاف فيما إذا لم يقيد المسبوق الركعة بالسجدة؛ لأن حكم الانفراد لم يقرر له، وبعد ما قيدها بها لا تفسد صلاة المسبوق اتفاقًا؛ لتقرر حكم الانفراد له. وهذا يشير إلى جواز قيام المسبوق قبل سلام الإمام.

(وَقَفَّضْنَا بِهَا) أي: بالقهقهة الواقعة موقع السلام (الْوَضُوءِ). وقال زفر: لا ينتقض.

قيد بـ«الوضوء»؛ لأن الصلاة لا تفسد اتفاقًا.

له: أن كون القهقهة ناقضة مخالف للقياس، ورد بالنص في موضع أفسدت الصلاة، فينبغي أن يقتصر على مورد. وهذه القهقهة غير مفسدة، فلا ينتقض بها الوضوء.

ولنا: أن القهقهة جُعِلَتْ حدثًا لمصادفتها حرمة الصلاة. وهذه وقعت في حرمة الصلاة، فيكون حدثًا. وهذه القهقهة مفسدة

للجزء الذي لاقته؛ لكن فساده لم يؤثر فيما مضى لعدم البناء عليه، فصحت صلاته، ولهذا لو وقعت في أثناء الصلاة أفسدت كلها.

(وَلَوْ سَبَقَهُ) أي: المصلي (حَدَّثَ قَبْلَهُ) أي: قبل السلام (تَوْضُّأً) بلا توقف؛ لأنه لو مكث ساعة يخرج من الصلاة،

(وَسَلَّمَ)؛ لأنه سبق الحدث لم يخرج، فيتوضأ ويسلم؛ لأن التسليم واجب عليه.

(فَإِنْ تَعَمَّدَهُ) أي: الحدث، (أَوْ تَعَمَّدَ مَا يُنَافِي الصَّلَاةَ) كالكلام ونحوه (فِي هَذِهِ الْحَالَةِ) أي: في آخر الصلاة قبل السلام

(تَمَّتْ) صلاته لوجود القاطع. وإنما لم يعتبره الشارع في صورة سبقه تخفيفًا وتسهيلاً عليه، بخلاف المتعمد؛ لأنه جانٍ، والجاني لا يستحق بفعله التخفيف.

¹ د: سلام الإمام الذي.

² ح - في الصلاة المذكورة.

³ ح: لكونه.

⁴ ح - وسقط عنه سجدة السهو.

(وَإِنْ رَأَى الْمُتِمِّمَ الْمَاءَ قَبْلَ السَّلَامِ، أَوْ انْقَضَتْ مُدَّةُ مَسْحِ الْخُفِّ، أَوْ حَلَعَهُ بِرَفْقٍ) بأن كان واسع الساق لا يحتاج في نزعهِ إلى المعالجة، (أَوْ تَعَلَّمَ الْأُمِّيُّ) وهو من لا يَعْرِفُ القراءة والكتابة (سُورَةً) يعني: تذكر بعد النسيان أو سماع، (أَوْ وَجَدَ الْغَارِي تَوْبًا، أَوْ قَدَرَ الْمُؤَمِّي عَلَى الرُّكُوعِ وَالسُّجُودِ، أَوْ خَرَجَ وَقْتُ الْمُسْتَحَاضَةِ).

اعلم: أنه لو قال: «أو خرج وقت المعذور»، لكان أولى لشموله المستحاضة ومن بمعناها.
(أَوْ تَدَكَّرَ) صاحب الترتيب (فَائِنَةً)، وكان في الوقت سعة، (أَوْ اسْتَحْلَفَ) الإمام (الْقَارِئُ أُمِّيًّا) حين أحدث، (أَوْ طَلَعَتِ الشَّمْسُ فِي الْفَجْرِ، أَوْ خَرَجَ وَقْتُ الْجُمُعَةِ، أَوْ سَقَطَتِ الْجَبِيْرَةُ عَنْ بُرْءٍ: فَصَلَاتُهُ بَاطِلَةٌ) عند أبي حنيفة. وقالوا: لا يبطل. قيد خلع الخف بـ«الرفق»؛ لأنه لو خلعه بعمل كثير تمت صلاته اتفاقاً. وفسرنا تعلم الأمي بتذكره أو سماعه؛ لأنه لو تعلمها من الغير يتم صلاته؛ لأنه صنع منه.

اعلم: أن كون الاستخلاف مفسداً عند أبي حنيفة مختار صاحب «الهداية». ومختار فخر الإسلام: أنه غير مفسد اتفاقاً؛ لأن الأمي لا يصلح للإمامة، واستخلافه فعل [29ظ] منافي للصلاة، فيكون خارجاً بفعله، وأن تحقيق الخلاف في تمام الصلاة وفسادها عند خروج وقت الجمعة مع اختلافهم في خروجه إنما يتصور على قول مَنْ يَقُولُ مَنَ بَيْنَ الظُّهْرِ وَالْعَصْرِ وَقْتُ مَهْمَلٍ، فإذا صار الظل مثله يتحقق خروج الظهر اتفاقاً، أو يكون الخلاف في صورتين.

فَعِنْدَهُمَا: بعد ما قعد قدر التشهد إذا صار الظل مثله يتم صلاته.
وعنده: إذا صار الظل مثليه تبطل.

وقيد سقوط الجبيرة بـ«البرء»؛ لأنها لو سقطت لا عن برء لا تبطل صلاته اتفاقاً.
وهذه المسائل تسمى بانثني عشرية؛ لأنها بهذا العدد في الروايات المشهورة، كذا في «الكفاية» وغيرها؛ لكن هذه التسمية غلط من حيث العربية؛ لأنه لا يجوز النسبة إلى اثني عشر، ولا إلى غيره من العدد المركب، إلا إذا كان عالماً، فحينئذ يُنسَبُ إلى صدره، يقال: حُمِسِيٌّ في خمسة عشر، وَبُعَلِيٌّ في بعلبك، ذكره في «المفصل».

(وَالْأَصْلُ) عند أبي حنيفة: (افْتِرَاضُ الْخُرُوجِ مِنَ الصَّلَاةِ بِفِعْلِ الْمُصَلِّي) وعندهما: ليس بفرض.
له: أن الصلاة فرع من فروع الدين كالحج، وخروج الحاج منه كان فرضاً بفعله، فكذا المصلي.
ولهما: أن الخروج من الصلاة قد يكون بفعل هو معصية كالتفقهة والحدث العمد فيها، فلا يجوز وصفه بالفرض.

ومنع الإمام السرخسي هذا الأصل بيان صلاة المتيمم إذا رأى الماء، أو الماسح إذا انقضت مدة مسحه، أو خلعه برفق، أو المعذور إذا خرج وقته. إنما بطلت لعمل الحدث السابق عمله، لا لفوات الصنع منهم، وبأنه لو كان الخروج بصنع المصلي فرضاً، لاختص بما هو قرينة كالحج، ولضعف هذا أورد المصنف أصلاً آخر ذكره أبو الحسن الكرخي، واختاره المحققون.
(وَقِيلَ: بَلْ اسْتَوَاءُ أَوْلَاهَا وَآخِرُهَا فِي وُجُودِ الْمُغَيَّرِ) كنية الإقامة، فإنها تغير فرض المسافر، سواء وجدت في أوله أو آخره. فاعتراض هذه العوارض في آخر الصلاة تبطلها، كما تبطلها في أولها.

وقالوا: ليس آخر الصلاة كأولها، فإن المغيّر إذا وجد في أولها يستلزم بناء باقيها عليه، فإذا فسد جزء من أولها بعارض تبطل البناء، فيفسد الكل. وهذا المعنى مفقود في آخرها. فاعتراض هذه العوارض بعد التشهد يكون كاعتراضها بعد السلام. وأما نية الإقامة، فيغير وصف الصلاة من قصر إلى كمال، لا من صحة إلى إبطال.

(فصل) في الوتر

(الْوِتْرُ وَاجِبٌ) عند أبي حنيفة، أي: فرض لقوله صلى الله عليه وسلم: «إن الله زادكم صلاة، ألا وهي الوتر»¹، والزائد لا يكون إلا من جنس المزيد عليه، فيكون فرضاً؛ لكن لم يكفر جاحده؛ لأنه ثبت بخبر الواحد.

(وَقَالَ: سُنَّةٌ) لقوله صلى الله عليه وسلم: «ثلاث كتب عليّ، ولم تكتب عليكم: الوتر، والضحي، والأضحى»².
(فَتَدَكَّرَهُ) هذا تفریع لما قبله، يعني: تذكر الوتر لصاحب الترتيب (في الفجر) أي: في فرضه (مُفْسِدٌ لَهُ) أي: لذلك الفرض عند أبي حنيفة إذا كان في الوقت سعة. وعندهما: لا يفسده.

قيدنا بـ«الفرض»؛ لأن سنة الفجر لا تفسد لتذكره اتفاقاً.

¹ مسند أحمد بن حنبل، 205/2، 7/6.

² مسند أحمد بن حنبل، 485/3، ولفظه: «ثلاث من علي فرائض وهن لكم تطوع الوتر والنحر وصلاة الضحي».

(وَكَذًا) الحكم (لَوْ تَذَكَّرَ فَاتَتْهُ فِيهِ) أي: في الوتر يفسد الوتر عنده، ولا يفسد عندهما.

له: في المسألتين أنه تذكر فرضًا في فرض.

ولهما: أنه تذكر سنة في فرض، أو فرضًا في سنة.

(وَأَعَادَتُهُ لِإِعَادَةِ الْعِشَاءِ غَيْرُ لَازِمَةٍ) يعني: لو صلى العشاء بلا طهارة، وهو يظن أنه طاهر، فسبقه الحدث، فصلى الوتر بها،

ثم علم أن العشاء غير صحيحة، فأعادها لا يلزمه إعادة الوتر عنده لسقوط الترتيب. وعندهما: يعيد الوتر؛ لأنه سنة تابعة للعشاء.

(وَوُتْرُهُ بِثَلَاثٍ) أي: نصلي الوتر بثلاث ركعات (كَالْمَغْرِبِ لَا بِوَاحِدَةٍ) أي: قال الشافعي: في قول الوتر ركعة واحدة بلا

قنوت، لقوله صلى الله عليه وسلم: «صلاة الليل مثنى مثنى،¹ فإذا خِفتَ الصبح، فأوتر بركعة»².

ولنا: ما روت عائشة رضي الله عنها: «أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يوتر بثلاث ركعات»³ وعليه أجمع المسلمون.

(فَإِذَا فَرَعٌ فِي الثَّالِثَةِ مِنَ الْقِرَاءَةِ كَبَّرَ، وَرَفَعَ يَدَيْهِ، وَقَنَتَ) أي: قرأ دعاء القنوت. ثم إن كان مقتديًا، قال محمد: لا يقنت؛

لأن الصحابة اختلفوا في القنوت أنه من القرآن، والمقتدي كان لا يقرأ القرآن حقيقة، فلا يقرأ ما له شبهته.⁴ وإن كان إمامًا يجهر. وإن

كان منفردًا، فله الخيار في الجهر والإخفات.

وقال أبو يوسف: يقرأ المقتدي القنوت، ويخافته الإمام والمنفرد؛ لأنه دعاء حقيقة، وهو المختار.

وفي «الأجناس»: لو شك في الوتر أنه في الأولى، أو في الثانية، أو الثالثة يقنت في الركعة التي هو فيها، ثم يقعد، ثم يصلي

ركعتين بقعدتين، ويقنت فيهما؛ لأن القنوت وإن⁵ كان بدعة في الأولى والثانية؛ لكنه واجب في الثالثة، وما تردد بين الواجب والبدعة

يؤتى به احتياطًا.

وقال أبو الليث: إن لم يحسن القنوت، يقول: «اللهم اغفر لي» ثلاث مرات. ولو نسى القنوت، فتذكر في الركوع، فالصحيح:

[30] أنه لا يعود إلى القيام ولا يقنت؛ لأن فيه رفض الفرض لأداء الواجب، ولو عاد وقت لا يفسد صلاته؛ لأن له شبهة القرآن،

فاعتبر بحقيقة القرآن.

(وَنُقَدِّمُهُ) أي: القنوت (عَلَى الرُّكُوعِ)، وقال الشافعي: يقنت بعده؛ لما روي: «أنه صلى الله عليه وسلم قنت في آخر

الوتر»⁶، وآخره ما بعد الركوع.

ولنا: ما روي: «أنه صلى الله عليه وسلم قنت قبل الركوع»⁷ وتأويل ما رواه أن ما بعد نصف الشيء يطلق عليه آخره.

(وَلَا نَحْصُهُ) أي: القنوت في الوتر (مِنْ نَصْفِ الْأَخِيرِ مِنْ رَمَضَانَ). وقال الشافعي: يختص به؛ لما روي أن عمر رضي الله

عنه أمر أبي بن كعب بالإمامة في ليالي رمضان، وأمره بالقنوت في النصف منه.

ولنا: قوله صلى الله عليه وسلم للحسن حين علّمه القنوت: «اجعل هذا في وترك من غير فصل»⁸، والمراد بالقنوت فيما رواه

طول القراءة.

(وَلَا نُقِنْتُ فِي الْفَجْرِ) أي: لا قنوت في الفجر عندنا. وقال الشافعي: يقنت في الركعة الثانية من الفجر؛ لما روي: «أنه

صلى الله عليه وسلم قنت في الفجر بعد الركوع»⁹.

قيد بـ«الفجر»؛ لأنه في غيره لا يقنت عنده إلا إذا حدث للمصلي حادثة، فيقنت ويدعو لها.

ولنا: ما روى ابن مسعود: «أنه صلى الله عليه وسلم قنت في الفجر شهرًا، ثم تركه»¹.

¹ ح - مثنى.

² صحيح مسلم، صلاة المسافرين 147؛ سنن الترمذي، الصلاة 323.

³ سنن النسائي، قيام الليل 37 عن أبي بن كعب؛ سنن الترمذي، الصلاة 338 عن علي. لم نجده عن عائشة إلا «كان رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يسلم في ركعتي الوتر». انظر: مصنف ابن أبي شيبة، 494/4.

⁴ وفي هامش ح: أي: فرض الوجوب.

⁵ وفي هامش ح: وصل.

⁶ سنن الدارقطني، 357/2.

⁷ سنن الدارقطني، 356-355/2.

⁸ سنن أبي داود، الوتر 5؛ سنن النسائي، قيام الليل 51. وقال الزيلعي في نصب الراية (126/2): «ولم أجد هذا في الحديث»، يعني: هذا اللفظ.

⁹ صحيح البخاري، الوتر 7؛ صحيح مسلم، المساجد 299.

(فَإِنْ أَقْتَدَى) الحنفي (بِقَانِتٍ فِيهِ) أي: بشافعي يقنت في الفجر.
 (يَأْمُرُهُ) أي: أبو يوسف الحنفي (بِمُتَابَعَتِهِ) أي: بأن يتابع الإمام في قنوته؛ لأنه التزم المتابعة باقتدائه، فلا يتركها. وقالوا:
 يسكت قائمًا.

وقيل: فاعدًا تحقيقًا للمخالفة صورة؛ لأن القنوت في الفجر منسوخ، فلا يتابعه فيه.
 ذكر في «النهاية» على هذا الخلاف: إذا كبر الإمام خمسًا في صلاة الجنابة، فعنده: يتابعه، وعندهما: لا.
 وفي «الخشانية»: لو قام الإمام بعد الأخيرة إلى الخامسة ساهيًا لا يتابعه؛ بل يمكث جالسًا إن عاد يسلم معه، وإن قيد
 الخامسة بالسجدة يسلم، ولا ينتظره. وإن قام إلى الثالثة قبل أن يفرغ المقتدي من التشهد لا يتابعه؛ بل يتم التشهد.
 وفي «الحقائق»: لو اقتدى بمن يقنت بعد الركوع، أو يسجد للسجود قبل السلام يتابعه في القنوت والسجود اتفاقًا، لمكان
 الاجتهاد.

(فصل في الإمامة)

(يُسْنُّ لِلرِّجَالِ الْأَذَاءَ بِالْجَمَاعَةِ سُنَّةً مُؤَكَّدَةً) أي: قوية تشبه الواجب. وأكثر المشايخ على أنه واجب. وتسميته سنة؛ لأنه
 ثابت بالسنة؛ لكن إن فاتته جماعة لا يجب عليه الطلب في مسجد آخر.
 (وَلَا نُكْرِهَهَا فِي مَسْجِدٍ مَحَلَّةٍ بِأَذَانٍ ثَانٍ) يعني: إذا كان لمسجد إمام معلوم، وجماعة معلومة، فصلوا فيه بجماعة بأذانٍ
 وإقامة لا يباح تكرار الجماعة بأذانٍ وإقامةٍ عندنا خلافًا للشافعي.
 قيد بـ«مسجد محلة»؛ لأنه لو كان مسجد الطريق يباح تكرارها اتفاقًا.
 وقيد بـ«أذان ثانٍ»؛ لأنهم لو صلوا فيه بلا أذان يباح اتفاقًا. وإنما لم يذكر الإقامة مع الأذان اكتفاءً بذكره.
 له: أن الفريق الثاني مخاطبون بالجماعة كالفريق الأول، فيجوز لهم ذلك كما لو صلى في المسجد غير أهله.
 ولنا: ما روي: «أنه صلى الله عليه وسلم خرج؛ ليصلح بين قوم، فعاد إلى المسجد، وقد صلى أهله، فعاد إلى منزله، فجمع
 أهله، وصلى بهم»². ولو جاز ذلك لما اختار النبي صلى الله عليه وسلم الصلاة في بيته على الجماعة في المسجد، بخلاف ما إذا
 صلى غير أهل المسجد؛ لأن حقهم لا يبطل بفعل غيرهم.
 (فَيَوْمُ الْأَعْلَمِ) أي: أعلم الجماعة بأحكام الصلاة صحة وفسادًا إذا كان يحسن من القراءة مقدار ما يجوز به الصلاة؛ لأن
 الحاجة إلى العلم أشد، حتى إذا عرض له عارض أمكنه إصلاح صلاته، إلا أن يكون ممن يطعن في دينه فلا يقدم؛ لأن الناس لا
 يرغبون باقتدائه.

(فَالأَقْرَأُ) أي: إن تساوا في العلم يؤمهم أكثرهم قرآنًا، وتحسينًا لقراءته؛ لأن القراءة ركن في الصلاة، والحاجة إليها أمس.
 (فَالأَوْزَعُ) أي: إن تساوا فيه يؤم أشدهم اجتنابًا عن الشبهات، لقوله صلى الله عليه وسلم: «من صلى خلف عالم تقي،
 فكأنما صلى خلف نبي»³.
 (فَالأَسْنُ) أي: إن تساوا فيه يؤم أكبرهم سنًا؛ لما روي أنه صلى الله عليه وسلم قال لابني أبي مليكة: «ليؤمكما أكبركما
 سنًا»⁴.

(فَالأَحْسَنُ خُلُقًا) أي: إن تساوا فيه يؤم أحسنهم ألقًا بالناس، فإن تساوا فيه، فأحسنهم وجهًا، أي: أكثرهم صلاة بالليل؛
 لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم: «من كثرت صلاته بالليل، حسن وجهه بالنهار»⁵ وإن استوا فيه، فأشرفهم نسبًا، وإن تساوا
 فيه فأنظفهم ثوبًا؛ لأن في هذه الصفات تكثر الجماعة، وإن استوا يقرع أو الخيار إلى القوم، كذا في «المعراج».

¹ صحيح مسلم، المساجد 304؛ سنن النسائي، التطبيق 30.

² المعجم الأوسط للطبراني، 35/5.

³ الفوائد المجموعة للشوكاني، 32؛ تذكرة الموضوعات للفتني، 40، وقال فيه: وقع في هداية الحنفية، فلم أقف عليه بهذا اللفظ.

⁴ صحيح البخاري، الجهاد 42؛ صحيح مسلم، المساجد 293. وقال الزبيعي في نصب الراية (290/1): وقول المصنف فيه: لابني أبي مليكة غلط، وصوابه
 مالك بن الحويرث.

⁵ سنن ابن ماجه، إقامة الصلاة 174؛ شعب الإيمان للبيهقي، 130/3.

(وَكُرِّهَ تَقْدِيمُ الْأَعْمَى، وَالْعَبْدِ، وَوَلَدِ الزَّانَا، وَالْمُبْتَدِعِ، وَالْفَاسِقِ)؛ لأن في تقديم هؤلاء تقليل الجماعة؛ لأن الطباع تُحِبُّ اتباع الأكمل دون الناقص. وكذا الاقتداء بالشافعي مكروه؛ لكنه إذا علم أن الشافعي لم يتوضأ من فصدته ونحوه، أو لم يغسل ثوبه من المنى، ولم يفركه، أو توضأ من ماء القلتين النجس، وأشباهاها مما يفسد الصلاة عند المقتدي لا يجوز اقتداؤه. وإن شاهد أنه مس امرأة، ولم يتوضأ، فاعتدى به. قيل: يجوز، والأفيس أنه لا يجوز لما في زعم الإمام: أن صلاته غير جائزة، كذا [30ظ] في «الغاية».

(وَأَجَازُوا تَقْدِيمَهُ) أي: تقديم الفاسق مع الكراهة، لقوله صلى الله عليه وسلم: «صلوا خلف كل بر وفاجر».¹ وقال مالك: لا يجوز؛ لأن الإمامة كرامة، والفاسق ليس بأهل لها.

وفي «المحيط»: إذا كان الإمام فاسقاً، وعجز الجماعة عن منعه، فلهم أن يتحولوا إلى مسجد آخر، ولا يأثمون بذلك.

(وَلَا تَوُومُ الْمَرْأَةُ إِلَّا النِّسَاءَ) مع الكراهة، ولم يجز إمامتها للرجال؛ لأن تقدمها عليهم ممنوع.

(وَتَقِفُ وَسَطَهُنَّ)؛ لأن عائشة رضي الله عنها فعلت كذا حين كانت جماعتهم مستحبة، ثم نسخ الاستحباب.

(وَيَنْتَعِ الصَّبِيُّ مِنْ إِمَامَةِ الرَّجَالِ مُطْلَقًا) أي: فرضاً كانت أو نفلاً، خلافاً للشافعي.

له: أن المقتدي منفرد في صلاته وإن² كان تابعاً لإمامة في الأداء، فيجوز.

ولنا: أن المقتدي بنى صلاته على صلاة الإمام، وصلاة البالغ فرض، وصلاة الصبي نفل، فاقتداء البالغ بإياه يكون بناء القوي على الضعيف، فلا يجوز.

(فِي الْأَصْحَحِ) هذا احتراز عما قاله بعض مشايخنا من أن إمامة الصبي البالغين يجوز في التراويح.

قيد بـ«الرجال»؛ لأن إمامة الصبي الصبيان جائزة اتفاقاً.

(وَيَنْصَفُ الرَّجَالُ) لقوله صلى الله عليه وسلم: «ليليني منكم أولوا الأحلام»³ أي: البالغون.

(ثُمَّ الصَّبِيَّانِ، ثُمَّ الْخَنَائِي) بفتح الخاء: جمع خنثى كالجبالى جمع الجبل. قدم الصبيان لأصالتهم في الذكورة. (ثُمَّ النِّسَاءِ).

(وَأَلُو حَادِثَهُ امْرَأَةً) عاقلة قريبة كانت له، أو أجنبية، أو محرمة، أو حليمة (مُشْتَهَاءَةً) في الحال أو الماضي، فيدخل فيها العجز؛ لأنها كانت مشتهاة يخرج عنها الصبية (فِي صَلَاةٍ مُشْتَرَكَةٍ) بينهما أداء حقيقة، كما إذا اقتدت امرأة برجل، أو اقتدى كلاهما بآخر، أو حكماً كما إذا كانا لاحقين (مُطْلَقَةً) أي: ذات ركوع وسجود، (لَا حَائِلَ بَيْنَهُمَا).

وفي «المحيط»: أدنى حده في الطول: أن يكون مقدار ذراع، وأقل منه لا يكون حائلاً.

(نُفْسُهُ صَلَاتُهُ دُونَهَا) أي: دون صلاة المرأة. وقال الشافعي: لا تفسد صلاته.

أطلق المحاذات؛ ليتناول كل الأعضاء أو بعضها، حتى لو كانت على الدكان، والرجل بحذاءها على الأرض، فإن حاذت عضو منه عضوها تفسد، كذا في «الخلاصة».

وقيد بـ«المرأة»؛ لأن محاذاة الأمرد المشتته لا تفسد في الأصح.

وقيدنا المرأة بـ«العاقلة»؛ لأن محاذاة المجنونة لا تفسد؛ لأن صلاتها ليست بصلاة، كذا في «النهاية».

وقيد بـ«المشتهاة»؛ لأن غيرها لا تفسد اتفاقاً.

وقيد الصلاة بـ«الاشترار» الدال على صحة اقتدائها بأن نواها الإمام؛ لأنه لو انتفى بأن لم ينوها الإمام لا تفسد محاذاتها.

وقيدنا الاشتراك بـ«الأداء حقيقة أو حكماً»؛ لأن الاشتراك لو ثبت في التحريم دون الأداء، كما إذا كانا مسبقين، وقاما لقضاء ما فاتهما لا تفسد محاذاتهما اتفاقاً؛ لأنهما ليسا مشتركين أداء؛ بل هما في حكم المنفردين.

وقيد بـ«المطلقة»؛ لأن محاذاتها في صلاة الجنابة لا تفسد اتفاقاً.

وقيد بقوله: «لا حائل»؛ لأنه لو كان بينهما حائل لا تفسد اتفاقاً.

له: قياس صلاته بصلاتها.

¹ سنن الدارقطني، 404/2.

² وفي هامش ح: وصل.

³ سنن أبي داود، الصلاة 95، سنن الترمذي، الصلاة 168.

ولنا: قوله صلى الله عليه وسلم: «أخروهن من حيث أخرهن الله»،¹ والأمر للوجوب، وحيث للمكان، ولا مكان يجب تأخرها إلا في الصلاة، فيكون الرجل مأمورًا بتأخيرها، فإذا حاذته يكون الرجل تاركًا لفرض المقام؛ لأنه كان يمكنه التقدم عليها بخطوة أو خطوتين، فتنفس صلاته. فلو لم يمكنه التقدم عليها، فأشار² إليها بالتأخر، فلم تتأخر هي فسدت صلاتها لا صلاته؛ لأنها تركت فرض المقام، كذا في «الذخيرة».

وإنما قيد المحاذة بالقيود المذكورة؛ لما روي عن أنس رضي الله عنه أن جدته مليكة صنعت طعامًا، فدعت النبي صلى الله عليه وسلم، فلما فرغ عنه، قال: «قوموا لأصلي بكم، فأقامني وبيمًا لنا خلفه وجدتي من ورائنا، فصلى بنا»،³ وتأخيرها النبي صلى الله عليه وسلم مع أن الانفراد خلف الصف مكروه، يدل على أن محاذاتها مفسدة، فلما ورد النص على خلاف القياس روعي جميع ما ورد به.

فإن قلت: كيف أثبتتم بخبر الواحد فرضية التقدم؟

قلت: هذا من فروض الجماعة، وهي ثبتت بالنية، وفروضها تثبت بها أيضًا، كذا في «الأسرار». وهذا خبر مشهور جاز به الزيادة على الكتاب.

وفي «المحيط»: لو حاذته مقدار ركن أفسدت عند أبي يوسف، ولا تنفسد عند محمد إلا بأدائه.⁴
(وَيَقِيمُ الْإِمَامُ) المأموم (الْوَاحِدَ عَنْ يَمِينِهِ) أي: في جانبه الأيمن، (وَيَتَقَدَّمُ الْأَتَمِينَ)؛ لأنه صلى الله عليه وسلم فعل كذا، (وَلَا يُطَوِّلُ) الإمام الصلاة، لقوله صلى الله عليه وسلم: «من أمَّ قومًا، فليصل بهم صلاة أضعفهم».⁵
(وَيَجْهَرُ فِي الْعِيدَيْنِ وَالْجُمُعَةِ)؛ لورود النقل المستفيض هكذا، والجهر عند الهندواني أن يسمع غيره، والمخافتة أن يسمع نفسه.

وعند الكرخي: الجهر أن يسمع نفسه. وفي المخافتة تصحيح الحروف كافٍ.

قال صاحب «المحيط»: الأصح قول الهندواني.

(وَيَتَخَيَّرُ الْمُنْفَرِدُ) بين الجهر والمخافتة (فِي الصُّبْحِ، وَأُولَى الْمَغْرِبِ وَالْعِشَاءِ)؛ لأنه باعتبار أنه غير مقتدٍ كان كالإمام، فيجهر، وباعتبار أنه لم يقتد به أحد لم يكن إمامًا فيخافت؛ لكن الجهر أفضل؛ لكونه من شعائر الجماعة.⁶

(وَيَجْهَرُ الْإِمَامُ فِيهَا) أي: في الصلاة المذكورة (وَجُوبًا)؛ لأنه مما دام عليه النبي صلى الله عليه وسلم والأئمة بعده. [31و]

وأما في النقل فيخافت في النهار، وفي الليل يتخير. وأما في القضاء إن كان بجماعة يجهر، وإن كان منفردًا يخافت حتمًا.⁷

وفي «القنية»: إن كان يصلي العشاء وحده، فقرأ الفاتحة أو بعضها، فاقتدى به رجالان يجهر فيما بقي.

(وَلَوْ أَصَابَهُ حَصْرٌ) وهو بفتح الحاء بمعنى الضيق، أي: عجز عن القراءة، (فَلَهُ اسْتِخْلَافٌ) أي: جاز له أن يستخلف غيره

عند أبي حنيفة. وقال: لا يجوز.

قال صدر الإسلام: الخلاف فيما إذا كان حافظًا، وعجز لأجل خجل. أما إذا نسي القراءة أصلًا لا يجوز اتفاقًا؛ لأنه يصير

أمرًا، واستخلاف الأمي لا يجوز.

وقال الرازي: هذا إذا لم يمكنه القراءة وإن أمكنه، واستخلف فسدت صلاته. وهذا فيما إذا لم يقرأ مقدار الجواز، فإن كان قرأ

لا يستخلف اتفاقًا.

لهما: أن الاستخلاف شرع في الحدث السابق بخلاف القياس، وهذا ليس في معناه؛ لأنه يندر وقوعه، كما لم يشرع

الاستخلاف فيما إذا نام، فاحتلم في الصلاة لندرة ذلك.

¹ لم نجده مرفوعًا، وهو من قول ابن مسعود: مصنف عبد الرزاق، 149/3؛ صحيح ابن خزيمة، 99/3.

² ح: فأشار.

³ صحيح البخاري، الصلاة في الثياب 19؛ صحيح مسلم، المساجد 266 بمعناه.

⁴ ح - وفي «المحيط»: لو حاذته مقدار ركن أفسدت عند أبي يوسف، ولا تنفسد عند محمد إلا بأدائه.

⁵ صحيح البخاري، علم 28؛ صحيح مسلم، الصلاة 183 بمعناه. وهذا توصية النبي صلى الله عليه وسلم إلى عثمان بن أبي العاص بلفظ «أم قومك وصل بهم صلاة أضعفهم».

⁶ وفي هامش ح: أي: من علامة الجماعة.

⁷ وفي هامش ح: أي: وجوبًا.

وله: أن الاستخلاف في الحدث السابق شرع لإصلاح الصلاة بواسطة العجز، وقد تحقق العجز في القراءة، فيجوز فيها الاستخلاف قياساً عليه، وإصابة الحصر غير نادرة.

(وَلِلْعَجُوزِ حُضُورُ الْجَمَاعَةِ) عند أبي حنيفة (إِلَّا الظُّهْرَيْنِ) أي: الظهر والعصر، (وَالْجُمُعَةَ). إنما استثناهما؛ لأن المُسَاق منتشرون في أوقاتها، وفرط الشيق والسفه قد يحملهم على رغبة العجائز. وأما في الفجر والعشاء، فهم نائمون، وفي المغرب بالطعام مشغولون، وفي العيدين فالمصلى متسع، فيمكنهن الاعتزال عن الرجال.

(وَأَطْلَقَاهَا) يعني: قالوا: تخرج العجائز في الصلوات كلها لانعدام الفتنة لقلة الرغبة فيهن.

قد «العجوز»؛ لأن الشابة ليس لها الحضور اتفاقاً.

قال الإمام المحبوبي: هذا الخلاف كان في زمانهم. وأما في زماننا، فيمنعن عن حضور الجماعات، وكان هذا نظير إغلاق المسجد، حيث جاز في زماننا، ولم يكن جائزاً في الأول، وعليه الفتوى.

(وَشَرَطْنَا نِيَّةَ إِمَامَتِهِنَّ لِصِحَّةِ اقْتِدَائِهِنَّ) يعني: قلنا: لا يصح اقتداء المرأة إذا لم ينوها الإمام. وقال زفر: يصح كما كان يصح

اقتداء الرجل وإن¹ لم ينوه الإمام.

ولنا: أن اقتداءها إن صح بلا نية يلزم فساد صلاته إذا حادثه، فيكون إزاراً عليه بلا التزام منه، بخلاف الرجل؛ لأنه لا يلزم

الإمام باقتدائه شيء.

وفي «الخلاصة»: الصحيح أن اقتداءها بلا نية الإمام في الجمعة والعيدين جائز؛ لأنها لا يتمكن من الوقوف بحجب الإمام للازدحام، ولا تقدر أن تؤديها وحدها.

(وَلَمْ يُؤَخَّرُوا الشُّرُوعَ إِلَى الْفَرَاغِ مِنَ الْإِقَامَةِ، وَاسْتَوَاءِ الصَّفِّ). وقال مالك: السنة أن يشرع الإمام بعد فراغ المؤذن من

الإقامة واستواء الصف؛ لأن عثمان رضي الله عنه كان يفعل كذا.

(وَلَا عَيْنًا ثَانِيَةً مِنْ لَفْظِي الْإِقَامَةِ لَهُ) أي: للشروع. وقال زفر: إذا قال المؤذن: «قد قامت الصلاة»، قام الإمام، وإذا قال:

مرة ثانية يشرع الإمام؛ لئلا يكذب المؤذن في إخباره.

(فَيَأْتُرُ بِهِ) أي: أبو يوسف بالشروع استحباً (عَقِيبَ الْفَرَاغِ) من الإقامة؛ ليدرك المؤذن التحريم مع الإمام، (وَهُمَا) أي:

صاحبه يأمران بالشروع (مَعَ أَوْلِهِمَا) أي: أول لفظي الإقامة؛ ليكون مسارعة للعبادة، وتصديقاً للمؤذن في إخباره عن قيام الصلاة.

قيل: قول أبي يوسف أعدل؛ لأن معنى «قد قامت الصلاة»: قُرْبُ قِيَامِ الصَّلَاةِ؛ لبيادروا إلى الجماعة، فلا يلزم من تأخير

الشروع تكذيب المؤذن؛ إذ هو صادق في قرب قيامها.

(وَلَوْ تَحَرَّمَ مَقَارِنًا لِلْإِمَامِ، فَهُوَ جَائِزٌ) يعني: إذا كبر المأموم مقارناً لتكبير الإمام، جاز اقتداؤه عند أبي حنيفة. وقالوا: لا

يجوز. وأما تقديمه، فغير جائز اتفاقاً.

لهما: قوله صلى الله عليه وسلم: «إذا كبر الإمام فكبروا»،² ذكر بالفاء وهو للتعقيب.

وله: قوله صلى الله عليه وسلم: «إنما جعل الإمام إماماً ليؤتم به، فلا تختلفوا عليه»،³ وتمازى ترك المخالفة إنما يكون بالقرآن

إلا أن وجوبه سقط للحرج، فبقي الجواز. والفاء فيما رواه محمود على القرآن، كما في قوله تعالى: ﴿وَإِذَا قُرِئَ الْقُرْآنُ فَاسْتَمِعُوا لَهُ وَأَنْصِتُوا﴾ [الأعراف، 204/7]، وقد أريد به القرآن بالإجماع.

(وَقِيلَ: هُوَ الْأَفْضَلُ) يعني: الأفضل عنده أن يكبر معه. وعندهما: أن يكبر بعده؛ لأن في قصد القرآن احتمال أن يقع تكبير

المؤتم متقدماً، فيكون اقتداؤه فاسداً، وفي التأخير ليس كذلك، فيكون التأخير أفضل.

وله: أن الاقتداء عقد على الموافقة، وفي التأخير مخالفة، فيكون القرآن أفضل.

قيد بـ«التحرمة»؛ لأن المقارنة في سائر الأفعال أفضل اتفاقاً.

وعن أبي حنيفة: أن التأخير أفضل في السلام؛ لأنه يخرج به عن العبادة.

قال شيخ الإسلام: قوله أَدْقُ وَأَجْوَدُ، وقولهما أَرْفُقُ وَأَخْوَطُ.

¹ وفي هامش ح: وصل.

² سنن النسائي، التطبيق 23؛ مسند أحمد بن حنبل، 438/2، 475.

³ صحيح البخاري، الجماعة 45؛ صحيح مسلم، الصلاة 86.

فائدة الخلاف تظهر في وقت إدراك فضيلة تكبيرة الافتتاح، فعنده¹: لا يدركها ما لم يكبر مع الإمام. وعندهما: يدركها إذا كبر [31ظ] وقت الفناء من «الحقائق».

(وَتَمَنَّهُ) أي: المؤتم (عَنِ الْقِرَاءَةِ) خلف الإمام. وقال الشافعي: يقرأ الفاتحة، ويضم إليها سورة في التي يخافث فيها، وفي الجهرية يقتصر على الفاتحة؛ لما روي: «أنه صلى الله عليه وسلم أمر المؤتمين بقراءة الفاتحة»². ولنا: قوله صلى الله عليه وسلم: «من كان له إمام، فقرأه الإمام له قراءة»³، وما رواه محمول على ابتداء الإسلام. وروي عن محمد: أنه يقرأ الفاتحة فقط احتياطاً، وإليه مال بعض المشايخ؛ لكن الأصح أنه مكروه؛ لما روي أنه صلى الله عليه وسلم قال: «من قرأ خلف الإمام، فقد أخطأ الفطرة»⁴ أي: السنة.

(وَتَجَعَلُهُ) أي: المؤتم (تَبَعًا) أي: المؤتم⁵ للإمام (مُطَلِّقًا) أي: في الصحة والفساد والصورة، حتى إذا ظهر أن الإمام كان محدثاً أعاد المؤتم صلاته. وقال الشافعي: المؤتم تابع للإمام في الصورة، فلا يعيد لقوله صلى الله عليه وسلم: «إنما جعل الإمام إماماً ليؤتم به»⁶، أي: ليوافقه المأموم في أفعاله، والحصص يدل على أنه تابع في الصورة لا في الصحة والفساد، فتكون صلاة المأموم مستقلة في نفسها، وفسادها إنما يكون بفوات شرطها أو ركنها. ولنا: ما روي أنه صلى الله عليه وسلم قال: «أبما رجل صلى بقوم، ثم تذكر أنه محدث أعاد وأعادوا»⁷ فهذا يدل على أن الإمام ضامن بصلاته صلاة المأموم.

(وَأَفْسَدْنَاهَا) أي: الإمامة (مِنْ مَعْدُورٍ) كمن به سلس البول، والعارى، والأمي، والمومئ (لِخَلْفِهِ) كالصحيح، والمكتسي، والقارئ، والقادر للركوع والسجود، (وَالْبِنَاءُ لِقَوْتِهِ) يعني: إذا كان المعذور مصلياً، فزال العذر عنه في أثناء صلاته لا يجوز بناء باقيها على ما مضى عندنا.

وقال زفر: يجوز إمامة المعذور لخلافه، وبنائه أيضاً؛ لأن صلاة المعذور صحيحة في حق نفسه؛ لأنه أتى بما هو مأمور به، فيصح اقتداء غير المعذور به، كما يصح إمامة المتيتم للمتوضئ، والماسح للغاسل، فيجوز بناؤه في صلاته؛ لأنه بناء الصحيح على الصحيح.

ولنا: أن صلاة الإمام متضمنة لصلاة المقتدي، وصلاة المعذور ضعيفة لفوت شرطها أو ركنها، فلا يتضمن الصلاة القوية، فلا يجوز بناؤه بعد زوال عذره؛ لأنه بناء القوي على الضعيف، بخلاف المتيتم لقيام الخلف مقام الأصل والماسح؛ لأن خفه مانع من سرية الحدث إلى قدميه.

(وَلَوْ أَمَّ أُمَّيِّ مِثْلَهُ) أي: أمياً آخر (وَقَارِئًا: فَصَلَّائِهِمْ فَاسِدَةً) عند أبي حنيفة، سواء علم أن خلفه قارئاً أو لم يعلم في ظاهر الرواية.

(وَخَصَّاهُ بِالْقَارِئِ) يعني: قال: صلاة القارئ فاسدة فقط؛ لأن المأموم الأمي معذور مثل الإمام، فيصح صلاتهما، كما إذا أم العاري عارياً وكاسياً، والجريح جريحاً وصحيحاً.

وله: أن الإمام والمأموم الأيمن كانا قادرين على تقديم القارئ؛ لتكون قراءته قراءة لهما، فلما لم يقدماه لزم منه ترك القراءة مع القدرة عليها، فيفسد. وأما كسوة الإمام وصحته لا يكون كسوة للمأموم، ولا صحة له حتى يلزم من تركهما الفساد، ولهذا جاز ما قاسا عليه من المسائل وضع فيما إذا اقتدى القارئ به؛ لأنه لو صلى الأمي وحده، وهناك قارئ يريد الصلاة، فالأصح أن صلاة الأمي صحيحة؛ لأن الرغبة في الجماعة لم يظهر من القارئ، ولا ولاية للأمي عليه، حتى يأمره بالصلاة، فيقتدي به، فلا يكون تاركاً لتقديم القارئ مع القدرة عليه.

(وَيَوْمٌ مَاسِحٌ غَاسِلًا)؛ لما مر أن الخف منع عن سرية الحدث، وما حل بالخف يزيله المسح، فاستويا في الطهارة.

¹ وفي هامش ح: أبي حنيفة.

² سنن أبي داود، الصلاة 131-132؛ معرفة السنن والآثار للبيهقي، 81/3.

³ موطأ مالك برواية الشيباني، 61؛ مسند أحمد بن حنبل، 339/3.

⁴ لم نجده مرفوعاً، روي عن علي قوله: مصنف عبد الرزاق، 137/2؛ مصنف ابن أبي شيبة، 278/3.

⁵ ح - أي: المؤتم.

⁶ صحيح البخاري، الجماعة 45؛ صحيح مسلم، الصلاة 86.

⁷ مصنف ابن أبي شيبة، 471/3؛ سنن الدارقطني، 187/2 بلفظ: «أن رسول الله صلى بقوم...» وفي إسناده راو اتهم بالكذب.

(وَمُقْتَرَضٌ مُتَنَفِّلًا)؛ لأن صلاة الإمام قوية، فصح أن يتضمن صلاة المقتدي.

قيد بـ«المفترض والمتنفل»؛ لأن أمانة الناذر غير جائزة؛ لأن المنذور إنما يجب بالتزامه، فلا يظهر الوجوب في حق غيره لعدم ولايته عليه، فيكون بمنزلة إمامة المتنفل للمفترض، إلا إذا نذر أحدهما عين ما نذر به الآخر بأن يقول مثلاً: نذرت أن أصلي الركعتين اللتين نذرهما فلان، فيجوز اقتداؤه للاتحاد، وأن إمامة الحالف الحالف جائزة؛ لأن وجوبها عارض؛ لتحقق البر، فصار كافتداء المتطوع بالمتطوع، وأن إمامة الحالف الناذر غير جائزة لقوة النذر، وأن إمامة الناذر الحالف جائزة، كذا في «الخانية».

(وَلَا نَعَكْسُ) يعني: لا يجوز اقتداء المفترض بالمتنفل عندنا، والشافعي يجوزه؛ لما مر من أن الاقتداء عنده هو الموافقة صورة.

ولنا: ما مر من أن النفل ضعيف، فلا يتضمن القوي.

فإن قلت: إذا اقتدى المتنفل بالمفترض في الشفع الأخير، فهو جائز مع أنه اقتداء للمفترض بالمتنفل في حق القراءة؟

قلت: صلاة المقتدي أخذت حكم صلاة الإمام بالاتقاء، ولهذا لو أفسد ما شرع فيه يلزمه الشفع الأول، فصارت القراءة نفلاً في حقه، كما كانت في حق الإمام.

وفي «الخانية»: إذا اقتدى من تقلد أبا حنيفة بمن تقلد صاحبه في الوتر يجوز. ولا يقال: إنه اقتدى للمفترض بالمتنفل؛ لأن الصلاة متحدة، [32] ولا يختلف باختلاف الاعتقاد.

(وَأَفْسَدَهَا) أي: محمد الإمامة (مِنْ مُتَيَمِّمٍ لِمُتَوَضِّعٍ). وقالوا: يصح. وهذا الخلاف مبني على أن التراب خلف عن الماء عندهما، فيعمل عمله، فيكون طهارة المتيمم طهارة مطلقة، ولهذا لا يتقدر بقدر الحاجة. وعند محمد: الطهارة بالتراب بدل عن الطهارة بالماء، فيكون طهارة المتيمم ضعيفة، والمتوضئ قوية.

فإن قلت: إذا انقطع دم المعتدة في الحيضة الثالثة لأقل من العشرة، فتمت ينقطع الرجعة عند محمد، ولا ينقطع عندهما، حتى تصلي، فإذا كانت طهارة المتيمم ضعيفة عنده، وقوية عندهما ينبغي أن لا ينقطع الرجعة عنده، وينقطع عندهما بلا صلاتها؟

قلنا: حكم محمد بانقطاع الرجعة؛ صوتاً للزوج عن الزنا، وعمله في موضع بالاحتياط، ولا يناقض أصله السابق. وأما صاحبه فقد جعل التيمم طهارة مطلقة في حق الصلاة، لورود النص على تطهيره، فلم يجعله في الرجعة طهارة مطلقة نظراً إلى حقيقته؛ لأنه تلوث في نفس الأمر، فشرطاً أن يتأيد التيمم بانضمام الصلاة إليه التي شرع التيمم لأجلها.

(وَمَنْ قَاعِدٌ لِقَائِمٍ) يعني: لم يجوز محمد إمامة قاعد لقائم؛ لأن القائم أكمل حالاً منه، فصار اقتداؤه به كافتداء القاعد بالمومئ. وجوزها صاحبه؛ لما روي: «أنه صلى الله عليه وسلم صلى آخر صلاته قاعداً، والناس خلفه قياماً»¹.

وفي «الحقائق»: الخلاف في قاعد يركع ويسجد؛ لأنه لو كان يومئ، والقوم يركعون ويسجدون لا يجوز اتفاقاً.

وفي «الخانية»: الصحيح أن اقتداء القائم بالقاعد في التراويح جائز عند الكل.

(وَنَفْسُهَا مِنْ مُومئٍ لِخَلْفِهِ، وَمِنْ مُفْتَرَضٍ لِمُعَايِرِ فَرَضِهِ) يعني: نقول: لا يجوز إمامة المومئ لغير المومئ، ولا إمامة

مفترض لمفترض آخر مثل أن يصلي أحدهما الظهر، والآخر العصر، أو أحدهما ظهر أمس، والآخر ظهر اليوم. وقال الشافعي: يجوز لما مر من أن الاقتداء عنده هو موافقة المأموم الإمام، والقوة والضعف وتغاير الوصف لا يكون مانعاً.

ولنا: ما مر من أن صلاة الإمام متضمنة لصلاة المقتدي، وصلاة المومئ ضعيفة، فلا تتضمن القوية، وأن الاقتداء هو أن يبني

تحريمته على تحريمه الإمام، وتجعل صلاته متحدة بصلاة الإمام، وتغاير الوصفين مانع عن ذلك.

(وَلَوْ رَكَعَ قَبْلَ إِمَامِهِ، فَلِحَقِّهِ) أي: لحق الإمام المأموم (قَبْلَ قِيَامِهِ) عن الركوع، فاشتركا فيه (أَجْزَاءُ) أي: الركوع. وقال زفر:

لا يجوز.

قيد بـ«لحوقه»؛ لأنه لو لم يلحقه لم يجز ركوعه اتفاقاً.

له: أن ركوعه وجد قبل ركوع الإمام ففسد، والبناء عليه فاسد، فلا بد له أن يقوم ويركع؛ ليقع ركوعه بعد ركوع الإمام.

ولنا: أن الشرط هو المشاركة في جزء من الركن. ألا يرى أن المأموم لو ركع معه، ورفع قبله يجوز لوجود المشاركة في جزء

منه، والمقتدي يجعل مبتدئاً في الجزء الذي يشاركه الإمام فيه؛ لأن للبقاء حكم الابتداء، ولا يجعل بائياً على ما قبله.

¹ صحيح البخاري، المزمى 12 تعليماً؛ معرفة السنن والآثار للبيهقي، 4/134.

(وَلَوْ اِقْتَدَى وَالْإِمَامُ رَاكِعًا)، ووقف المقتدي قائمًا، (فَرَفَعَ) الإمام رأسه، (فَرَكَعَ الْمُقْتَدِي عَكْسَنَاهُ) أي: الحكم المذكور. يعني: قلنا: لا يجوز ذلك الركوع، ولا يصير مدركًا لتلك الركعة، سواء تمكن من الركوع أو لا. وقال زفر: يجوز، كذا في «النهاية».

وذكر في «المصنفى»: هذا إذا أمكنه الركوع، وإذا لم يمكنه لا يجوز اتفاقًا.

فيد بقوله: «والإمام راکع»؛ لأنه لو اقتدى به حال قيامه من الركوع لم يصير مدركًا لتلك الركعة اتفاقًا.

له: أن للركوع حكم القيام، وهو اقتدى به في حال الركوع، فيصير مدركًا لتلك الركعة، وإن تأخر ركوعه عن ركوع الإمام، كما لو اقتدى به حال قيام الإمام، ولم يركع معه، حتى رفع رأسه، ثم ركع بعده يكون مدركًا لتلك الركعة.

ولنا: أن إدراك الركعة إنما يكون بالموافقة في حقيقة القيام، أو فيما هو في حكمه، وهو الركوع ولم يوجد كل منهما، فلا يصير مدركًا لتلك الركعة، بخلاف ما ذكر؛ لأنه أدركه في القيام حقيقة.

(وَلَوْ سَبِقَ بِرُكْعَةٍ) يعني: لو أدرك الإمام، وقد سبقه بركعة فاقتدى به، (وَنَامَ فِي ثُنْتَيْنِ)، ثم استيقظ، فأدرك الركعة الرابعة (يُصَلِّيَ فِيمَا أَدْرَكَ) من الزمان (مَا نَامَ فِيهِ). يعني: يجب عليه أن يقضي أولًا ما فات مع الإمام؛ لأن اللاحق كأنه خلف الإمام، فيبدأ بما هو لاحق به، فيأتي بركعة بغير قراءة، ويقعد متابعة لإمامه، ثم يأتي بركعة بغير قراءة أيضًا ويقعد؛ لأنها ثانيته، ثم يتابع الإمام فيما أدرك، ويقعد متابعة لإمامه.

(ثُمَّ يَقْضِي مَا فَاتَهُ) يعني: ما سبقه الإمام ويقعد؛ لأنه آخر صلاته اتفاقًا؛ لأن الترتيب مراعى فيه.

(وَلَوْ تَابَعَ فِيمَا بَقِيَ) يعني: لو نقض هذا الترتيب، فتابع الإمام فيما أدرك، (ثُمَّ قَضَى الْفَائِتَ)، وهو ما سبقه الإمام به، (ثُمَّ مَا نَامَ فِيهِ)، وقعد على رأس كل ركعة على ما بينا (أَجْزَأَهُ). وقال زفر: لا يجوز. وههنا صور [32ظ] أخرى:

زفر خالفنا فيها:

1. أن يتدئ بما فات، ثم بما أدرك، ثم بما سبق.
2. أن يتدئ بما فات، ثم بما سبق، ثم بما أدرك.
3. أن يتدئ بما سبق، ثم بما أدرك، ثم بما فات.
4. أن يتدئ بما سبق، ثم بما فات، ثم بما أدرك.

له: أن ترتيب أفعال الصلاة واجب كالترتيب في الركعة بين الركوع والسجود، ولا ترتيب في الصور المذكورة.

ولنا: أن المأمور به إكمال الصلاة بأركانها دون ترتيبها. ألا يرى أن المسبوق يؤدي ما أدركه، ويؤخر ما فاته بالاتفاق، وفيه ترك الترتيب؛ لأن الذي فاته هو الأول، فيستدل به على أن الترتيب لا يعتبر في حق اللاحق.

(فصل) في الصلاة في الكعبة

(نُجِزُهَا) أي: الصلاة مع الكراهة (عَلَى ظَهْرِ الْكَعْبَةِ) أي: سطحها؛ لأن فيها ترك التعظيم. وقد روي: «أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن الصلاة فوق ظهر بيت الله»¹ (مَنْ غَبِرَ سُتْرَةَ بَيْنَ يَدَيْهِ). وقال الشافعي: لا يجوز؛ لأن من صلى في عرصة الكعبة لا بد له من شيء يتوجه إليه من البناء أو السترة، والواقف على السطح كالواقف على العرصة، ومن صلى خارج الكعبة، فتوجهه إليها كافٍ.

ولنا: أن هواء الكعبة إلى السماء قبلة. ألا ترى أنه لو صلى على جبل إليها جاز.

(وَلَمْ يَخْصُوا النَّفْلَ فِي بَاطِنِهَا) يعني: الصلاة مطلقًا في الكعبة جائزة عندنا. وقال مالك: لا يجوز الفرض فيها؛ لأن المصلي فيها مستقبل بجهة منها، فلا يكون مستقبلًا مطلقًا. وأما النفل فمبني على السعة، وقد روي: «أنه صلى الله عليه وسلم صلى فيها نفلًا»².

ولنا: ما روي: «أنه صلى الله عليه وسلم صلى فيها الفرض يوم الفتح والاستدبار»³، وإنما يفسد إذا كان من كل وجه.

¹ سنن الترمذي، الصلاة: 258.

² لم نجده كذلك، وقد روي أنه صلى فيها ركعتين فقط: سنن أبي داود، المناسك: 92.

³ لم نجده كذلك، وقد روي أنه صلى فيها ركعتين فقط: سنن أبي داود، المناسك: 92.

(وَتَجُوزُ الْجَمَاعَةَ فِيهَا) أي: في الكعبة (يَجْعَلُ الْمَأْمُومَ وَجْهَهُ إِلَى وَجْهِ الْإِمَامِ)؛ لكنه مكروه لوجود التشبه بعباد الصور؛ بل ينبغي أن يجعل بينه وبين الإمام سترة احترازًا عنه، (وَطَهْرُهُ إِلَى ظَهْرِهِ لَا وَجْهَهُ) يعني: إذا جعل المأموم ظهره إلى وجه الإمام لا يجوز لكونه متقدمًا على إمامه.

(وَيَسْتَدِيرُونَ حَوْلَهَا، وَتَجُوزُ صَلَاةُ الْأَقْرَبِ) من الكعبة (إِذَا لَمْ يَكُنْ فِي جَانِبِهِ)؛ لأن الأقرب في جانب الإمام يكون متقدمًا عليه.

(فصل) فيما يفسد الصلاة وما يكره فيها

(الْقِرَاءَةُ فِيهَا مِنْ مُصْحَفٍ مُفْسِدَةٍ) عند أبي حنيفة؛ لأنها تلقن منه، فصار كمن تلقن في صلاته من رجل. وقال: لا تفسد؛ لأن النظر إلى النقوش في الصلاة غير مفسد، فالنظر إلى المصحف أولى؛ لأنه عبادة، إلا أنه يكره؛ لأن فيه تشبهًا بصنيع أهل الكتاب. قيد بـ«القرأة»؛ لأن الفهم منه بلا تحريك لسان غير مفسد اتفاقًا.

(وَتُنْفِسُهَا بِالْكَلِمَةِ الْوَاحِدَةِ) وإن¹ كانت في حال النوم. أراد بالكلمة ما يتكلم به، سواء كان كلامًا نحويًا أو لم يكن (وَلَوْ سَهْوًا) أي: ولو كان ساهيًا في تكلمه. وقال الشافعي: ما يتكلم به الناسي في صلاته والمخطئ لا يبطلها؛ لكنه يسجد للسهو، كذا في «الخلاصة» في مذهبه.

قيد بـ«الواحدة» مشيرًا بها إلى قَلْبَتِهَا؛ لأنها إذا كثرت يفسد اتفاقًا، وكثرتها تعرف بالعرف.

وقيد بقوله: «سهوًا»؛ لأنه لو كان عامدًا يفسد صلاته اتفاقًا.

له: قوله صلى الله عليه وسلم: «رفع عن أمتي: الخطأ والنسيان»³ لكن الكلام إذا كثر يصير مفسدًا كالعامل.

ولنا: قوله صلى الله عليه وسلم: «إن هذه الصلاة لا يصلح فيها شيء من كلام الناس»⁴، وما رواه محمول على رفع الإثم، وقياس الكلام بالعمل غير صحيح؛ لأن في الحي حركات طبيعية ليست من الصلاة، ولا يمكن الاحتراز عنها، ففقيت ما لم يكثر، والكلام ليس كذلك؛ لأنه ليس من طبعه أن يتكلم.

(وَتَفْسُدُ) الصلاة (بِالسَّلَامِ عَمْدًا)؛ لما فيه من حرف الخطاب، فإذا حصل بقصد اعتبر من كلام الناس.

قيد بقوله: «عمدًا»؛ لأنه لو كان سهوًا لا يفسد صلاته؛ لأنه ذكر موضوع في الصلاة، غالب الوقوع، فجعل عفوًا.

(وَيُجِيزُ) أي: أبو يوسف الصلاة (مَعَ تَأْفِيفٍ) أي: مع ذكر كلمة أف (وَنَحْوِهِ) كأخ وأه إذا سمع. وإن صحح الحروف ولم يسمع نفسه لا تفسد اتفاقًا من «الحقائق». وكذا كل صوت مسموع متهجاء. وقال: لا يجوز، فإنه قاطع الصلاة.

له: ما روي: «أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في سجود صلاة الكسوف: أف ألم تعدني أن لا تعذبهم»⁵ وأنا فيهم، ولو كان قاطعًا لما قاله والنفخ ونحوه ليس بكلام لوجوده من الأخرس والبهايم.

ولهما: قوله صلى الله عليه وسلم لرباح: «وقد نفخ في صلاته. أما علمت أن من نفخ في صلاته، فقد تكلم»⁶، والنفخ ونحوه كلام؛ لأنه حروف تدل على معنى، وما رواه محمول على الابتداء حين كان الكلام مباحًا. وكذا التنحنح الحاصل به الحروف إذا كان بغير عذر يفسد عندهما. وأما إذا كان بعذر بأن نشاء من طبعه أو كان ليتمكن من القراءة، فهو عفو اتفاقًا كالعطاس والجشاء الحاصل فيهما الحروف.

(وَلِجَوَابِ مُخْبِرٍ) المصدر مضاف إلى مفعوله، أي: ويجيزها أبو يوسف بجواب المصلي مَنْ أَخْبَرَهُ.

(بِتَحْمِيدٍ) وهو متعلق بجواب، أي: [33و] بقوله: الحمد لله إذا أخبره بما يسره.

(وَتَرْجِيحٍ) أي: بقوله: ﴿إِنَّا لِلَّهِ وَإِنَّا إِلَيْهِ رَاجِعُونَ﴾ [البقرة، 2/156]، إذا أخبره بما يسوؤه.

(وَتَسْبِيحٍ، وَتَهْلِيلٍ) إذا أخبره بما يعجبه. وقال: لا يجوز صلاته.

¹ وفي هامش ح: وصل.

² وفي هامش ح: وصل.

³ سنن ابن ماجه، الطلاق 16؛ صحيح ابن حبان، 202/16. بلفظ «تجاوز» أو «وضع» مكان «رفع».

⁴ سنن النسائي، السهو 20؛ مسند الطيالسي، 427/2.

⁵ سنن أبي داود، صلاة الاستسقاء 9؛ السنن الكبرى للنسائي، 195/1.

⁶ السنن الكبرى للنسائي، 196/1.

قيد بقوله: «بجواب مخبر»؛ لأنه لو لم يرد بالتحميد ونحوه جوابه؛ بل أراد إعلانه بأنه في الصلاة يجوز صلاته اتفاقاً.

وقيد بـ«تحميد» وأخواته؛ لأن الجواب بما ليس ببناء مفسد اتفاقاً.

له: أنه ثناء بأصله، فلا يخرج عنه بإرادة الجواب كما لا يصير كلام الناس بالقصد ثناء.

ولهما: أن الثناء بالقصد يكون كلاماً كما يخرج القرآن بقصد الخطاب من يحضره عن أن يكون كلام الله، وكذلك إذا أُنْ أُو

بكي بصوت لا يقطعها عنده؛¹ لأنه أمانة الخشوع الذي هو كالروح للصلاة، وإن كان من وجع أو مصيبة قطعها اتفاقاً. وعن أبي

يوسف ومحمد: إن كان يمكنه الامتناع عن الأئين بقطع الصلاة، وإن كان لا يمكنه لا يقطع.

(وَلِإِعَادَةِ سُجُودِهِ) أي: ويجيزها أبو يوسف لإعادة سجوده **(عَلَى الطَّاهِرِ بَعْدَ النَّجْسِ)** أي: بعد سجوده على المكان

النجس. وقالوا: لا يجوز.

له: أن فساد السجدة لا يؤثر في فساد الصلاة إذا أعيدت كما لو ترك السجدة الثانية من ركعته الأولى، وأعادها في آخر

الصلاة لا يفسد به صلاته مع أن السجدة وقعت في غير موقعها.

ولهما: أن السجدة جزء من الصلاة، فيفسد الكل بفساده. وأما عدم فسادها بتأخير السجدة، فلأن السجود ركن متكرر

يمكن تأخيرها؛ إذ الترتيب في أفعال الصلاة ليس بفرض عندنا إذا لم تتغير هيئتها كتقديم السجود على الركوع. ألا يرى أن الفائت من

المسبوق أول الصلاة وهو يؤخره مما أدركه. ولو كان الترتيب فرضاً، لما جاز، وفيما نحن فيه فسدت السجدة، فلا يرتفع فسادها

بإعادتها.

(وَتَفْسُدُ) الصلاة **(عَلَى مُضْرَبٍ)** أي: مخيط ما بين جانبيه بخيوط **(نَجَسِ الْبِطَانَةِ)**.

قيد بـ«المضرب»؛ لأن جوانبه لو كانت مخيطة، ولم يكن وسطه مخيطاً لا يفسد لكونه في حكم ثوبين.

وفي «الخلاصة»: لو صلى على خشب، وفي جانبه الآخر نجاسة إن كان غلظ الخشب، بحيث يقبل القطع يجوز، وإلا

فلا.

(وَلَوْ أَعَادَ سِنَّ نَفْسِهِ أَوْ غَيْرِهِ) أي: سن غيره **(إِلَى فِيهِ: جَارَتْ صَلَاتُهُ)**؛ لأن عظم الناس طاهر في ظاهر المذهب **(فِي**

الْأَصْح).

قيد به؛ لأنه جاء في رواية شاذة أن السن المنفصل من الحي نجس، فإذا زاد على قدر الدرهم، فأعادها إن كان سن نفسه

يفسد صلاته عند محمد، خلافاً لأبي يوسف، وإن كان سن غيره يفسد اتفاقاً.

والفرق لأبي يوسف: أن سن نفسه إذا استحكمت في مكانها صارت كأنها لم تزل منه.

(مُطْلَقًا)، أي: سواء كانت قدر الدرهم أو لا.

أقول: كان ينبغي أن يقول: «أو وضع سن غيره»؛ لأن الإعادة لا يستقيم فيه، لعله عبّر عن الوضع بالإعادة باعتبار التغليب.

(وَلَوْ أَكَلَ فِيهَا، أَوْ شَرِبَ مُطْلَقًا) أي: عمداً كان أو سهواً، **(أَوْ رَدَّ السَّلَامَ بِلِسَانِهِ)**. أطلقه؛ لأنه ليس من الأذكار، فعمده

وسهوه سواء، **(أَوْ يَبِيدِهِ: فَسَدَتْ)** صلاته.

أما الأكل والشرب، فلأنه عمل كثير، وهيئة الصلاة لكونها مخالفة للعادة مذكرة، فلم يعذر فيهما. وأما رد السلام بلسانه،

فلأنه كلام حقيقة ويده، فلأنه كلام معنى. ولو كان بين أسنانه شيء، فابتلعه لا يفسد وإن² كان مقدار حمصة؛ لأنه ليس بعمل كثير.

ولو أخذ سمسة من خارج يفسد؛ لأنه عمل كثير، كذا في «الخانية».

(وَأَبْطَلَهَا) أي: محمد أصلية الصلاة الوقتية **(لِتَذَكُرِ الْفَائِتَةَ)** فيها بلا ضيق الوقت، **(وَطُلُوعِ الشَّمْسِ بَعْدَ رَكْعَةِ الْفَجْرِ، وَهَمَّا**

فَرَضِيَّتَيْهَا) يعني: أبطل أصحابه فرضية الصلاة، وبقيت نفلاً، فيمكث كما هو، فإذا طلعت الشمس يتمها نفلاً، كذا في «المصنف».

قيد بقوله: «بعد ركعة»؛ لأن الشمس لو طلعت قبيل السلام يبطل صلاته عند أبي حنيفة، خلافاً لهما تقدم بيانه.

له: أن تحريمة الوقت إنما انعقدت للفرض، فإذا فسدت الفرضية لم يبق التحريمة، فيبطل أصل الصلاة.

ولهما: أن العارض أبطل صفة الفرضية، ولا يلزم من بطلان الوصف بطلان الأصل؛ لأن الوصف تابع له، كمن شرع في صوم

الكفارة، ثم أيسر فيه يكون صومه نفلاً.

¹ وفي هامش ح: أبو يوسف.

² وفي هامش ح: وصل.

وفائدة الخلاف تظهر فيمن قهقه في تلك الحالة ينتقض طهارته عندهما خلافاً له. وكذا إذا اقتدى به إنسان فيها يصح عندهما خلافاً له.

قال الإمام ظهير الدين: سمعت والدي يقول: ليس هذا مذهباً لمحمد في جميع المواضع؛ بل فيما إذا لم يتمكن من إخراج نفسه عن العهدة بالمضي في تلك الصلاة، حتى قال محمد: فيمن صلى ركعة من الظهر، ثم أقيمت أنه يضيف إليها ركعة أخرى، ثم يقطع، ثم يشرع مع الإمام إحرازاً للنفل، فإنه يتمكن عن التفصي عن العهدة بالمضي فيها، بخلاف الصورتين المذكورتين من «الحقائق».

[إِلَّا أَنْ يَتَوَقَّفَ] مصلي الوقتية عن الأداء في الصورة الثانية. [333ظ]

(وَيَمُّ فَرَضَهُ بَعْدَ الطُّلُوعِ، فَيُحِزُّهُ). هذه المسألة مستثناة من قوله: وهما فرضيتها، يعني: كان أبو يوسف مع أبي حنيفة في انقلاب الصلاة نفلاً في المسألتين؛ لكن خالفه في المسألة الثانية بأن قال: إذا اختار المصلي أن يتم فرضه بأن يتوقف على هيئته، حتى ترتفع الشمس، فيصلي تمامها يتم فرضه، ولا ينقلب نفلاً؛ لأن ما صلاه قبل الطلوع وبعده خالٍ عن الفساد، فيخرج به عن عهدة الواجب.

ولأبي حنيفة: أنه كان مأموراً بأداء صلاة لا يتخللها وقت مكروه. وههنا قد تخلل، فلا يخرج به عن العهدة.

(وَيُكْرَهُ فِيهَا الْعَبَثُ) وهو ما ليس فيه غرض صحيح لفاعله.

(وَتَقْلِبُ الْحَصَى)؛ لأنه نوع من العبث منافي للخشوع، **(إِلَّا لِلسُّجُودِ عَلَيْهِ مَرَّةً)** يعني: إذا لم يمكن للمصلي أن يسجد

على الحصى، فسؤاه مرة لا يكره.

(وَالْفَرْقَعَةُ) وهي غمز الأصابع، أو مداها حتى تصوت لقوله صلى الله عليه وسلم: «لا تفرقع أصابعك وأنت تصلي».¹

(وَالتَّخْصُرُ) وهو وضع اليد على الخاصرة؛ لأنه صلى الله عليه وسلم «نهى عن ذلك».²

(وَالسَّدْلُ) وهو أن يجعل ثوبه على رأسه أو كتفه، ويرسل أطرافه؛ لأنه فعل أهل الكتاب.

(وَالعُقْصُ) وهو جمع الشعر على الرأس، وشده بشيء حتى لا ينحل؛ لأنه صلى الله عليه وسلم «نهى عن ذلك».

(وَالكُفُّ) أي: رفع ثوبه من بين يديه إذا أراد السجود، وكذا في «المغرب»؛ لأنه نوع تجبر.

وفي «القنية»: يرسل كفيه في الصلاة؛ لأن إمساكهما كف الثوب، وأنه مكروه.

وقيل: يمسكهما، ويكشف كفيه، وهذا أحوط.

(وَالإِقْفَاءُ) وهو عند الكرخي: أن ينصب قدميه، ويقعد على عقبه.

وعند الطحاوي: أن يقعد على أليتيه، وينصب ركبتيه، ويضع يديه على الأرض، وهذا أصح؛ لأنه أشبه بإقفاء الكلب.

(وَاللِّفَاتُ) المراد به هنا: أن يلوي عنقه يميناً وشمالاً لا لحاجة، بحيث لا يحول صدره عن القبلة، إنما كره لقوله صلى الله

عليه وسلم: «لو علم المصلي من يناجي لما التفت».³

قيدنا بالقيدين؛ لأنه لو التفت لحاجة لا يكره؛ لما روي: «أنه صلى الله عليه وسلم كان يلتفت في الصلاة يميناً وشمالاً»⁴،

ولو حوّل صدره عنها تبطل صلاته، كذا في «الغاية».

(وَالتَّرْبُوعُ)؛ لأن فيه ترك سنة القعود للتشهد **(لِغَيْرِ عُدْرٍ)**. قيد به؛ لأنه لو ترّبّع لعذر: لا يكره.

وفي «القنية»: الجمع بين السور في ركعة يكره عند بعض. ولو قرأ السورة في ركعة، ثم كررها في الثانية يكره إلا في النوافل،

ويكره أن يفصل بين الركعتين بسورة أو سورتين.

(وَكَذَا) مكروه عند أبي حنيفة **(عَدُّ تَسْبِيحِ وَآيٍ)** في الصلاة، وهو بمد الهمزة جمع آية **(بِالْيَدِ)** وهو متعلق بـ«العد». وقال:

لا يكره.

قيد بـ«التسبيح والآيات»؛ لأنه لو عدّ الناس أو مواشيه يكره اتفاقاً.

¹ سنن ابن ماجه، إقامة الصلاة 42.

² الزهد لابن المبارك، 544؛ مصنف عبد الرزاق، 275/2 مرسلاً.

³ مصنف عبد الرزاق، 49/1 بمعناه.

⁴ سنن الترمذي، الصلاة 413؛ مصنف ابن أبي شيبة، 467/3 بلفظ: «أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يلحظ في الصلاة يميناً وشمالاً».

وقيده «اليد»؛ لأن العد بالقلب لا يكره اتفاقاً، والعد باللسان مفسد اتفاقاً.

قيل: الخلاف في الفرائض. وأما في النوافل، فغير مكروه اتفاقاً.

وقيل: الخلاف في النوافل. وأما في الفرائض، فغير جائز اتفاقاً. والأظهر أن الخلاف في الكل في ظاهر الرواية.

لهما: قول ابن عمر: «رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يعد الآي في الصلاة»¹، ولأن فيه رعاية سنة القراءة،

والتسيبحات.

وله: أن العد ليس من أعمال الصلاة، وقال صلى الله عليه وسلم: «إن في الصلاة لشغلاً»²، وما رواه ضعيف. ولئن ثبت فمحمول على الابتداء حين كان العمل مباحاً، ومراعاة السنة ممكنة بغمز الأصابع، والحفظ بالقلب. وأما عد التسيبح والآي في خارج الصلاة، فكرهه بعض لما روي: «أن عمر رضي الله عنه قال لمن فعل ذلك أتنبؤون الله بما لا يعلم»³. وقال ابن مسعود: له عد ذنوبك لتستغفر منها.⁴

وفي «المستصفي»: الصحيح أنه لا يكره؛ لأنه أسكن للقلوب، وأجلب للنشاط.

(فصل) في الحدث في الصلاة

(نُجِيزُ الْبِنَاءِ كَالِاسْتِخْلَافِ لِمَسْبُوقِ حَدِيثٍ) يعني: من سبقه الحدث في صلاته يتوضأ ويبني باقيها على ما مضى عندنا، كما لو كان إماماً جاز له أن يستخلف غيره اتفاقاً، قالوا: بل وجب عليه الاستخلاف صيانة لصلاة القوم، حتى لو لم يستخلف، ولم يستخلف القوم، ولم يتقدم واحد بنفسه مقام الإمام، وخرج الإمام من المسجد، أو من الصفوف في الصحراء تبطل صلاة القوم؛ لأنه على إمامته ما لم يخرج منه حتى لو اقتدى به إنسان ما دام في المسجد، أو في الصفوف قبل الوضوء جاز؛ لأن تحريمته قائمة، وهي شرط للصلاة، فلا يشترط لها الطهارة، فإذا خرج بلا استخلاف يبقى اقتداؤهم بلا إمام، ففسد صلاتهم.

وفي «معراج الدراية»: اتفقت الروايات على أن الخليفة لا يصير إماماً ما لم ينو الإمامة. وصورة الاستخلاف: أن يتنحى الإمام واضعاً يده على فمه موهماً أنه رافع، وهكذا روي عن النبي صلى الله عليه وسلم يأخذ ثوب آخر، ويجره إلى مقامه. ولو أحدث في ركوعه أو سجوده يتوضأ مُخَدَّوْدِيًّا، ولا يرفع رأسه. ولو ترك ركوعاً يشير إليه، فوضع يده على ركبتيه، وفي السجود على الجبهة، وفي القراءة على الفم.

وفي «الخانية»: إذا كان الخليفة مسبوقاً، ولم يعرف كم صلى الإمام [34و]، وكم بقي عليه يصلي أربع ركعات، ويقعد في

كل ركعة.

وقال الشافعي: لا يجوز له البناء؛ بل يستقبل؛ لأن الحدث ينافي الصلاة، ولا وجود للشيء مع منافيه، كما لا يجوز إذا

أحدث عمداً.

ولنا: أن القياس ما قاله الشافعي؛ لكن تركناه بالأثر، وهو قوله صلى الله عليه وسلم: «من قاء، أو رعف، أو أمدى في صلاته، فليتنصرف، وليتوضأ، وليبين على صلاته ما لم يتكلم»⁵، وقياسه بالحدث العمد غير صحيح؛ لأن سبق الحدث سماوي وتعمده ليس كذلك، كما أن الأكل ناسياً لا يفسد الصوم، ولا كذلك العامد فيه.

وفي «الخلاصة»: المرأة كالرجل إذا أمكنها أن تمشح على خمارها، وتصل البلبة إلى شعرها. أما إذا احتاجت إلى كشف الرأس، فلا يجوز لها البناء، وكشف الذراع لا يمنع البناء؛ لأنها ليست بعورة في رواية عن أبي حنيفة.

وفي «التجريد»: يستنجي من تحت ثيابه إن أمكن وإلا يستأنف.

وفي «الخانية»: لو أصاب جراحته ثوب، فقشرها من غير قصد، فسال منها دم لا يبني اتفاقاً؛ لأن الاحتراز عنه ممكن، فإذا

لم يحترز صار كأنه تَعَمَّدَ.

¹ مجمع الزوائد للهيتمي، 290/2 وقال رواه الطبراني؛ السنن الكبرى للبيهقي، 253/2 عن أبي عبد الرحمن.

² سنن أبي داود، الصلاة 165-166؛ صحيح ابن خزيمة، 34/2.

³ لم نجده.

⁴ تبين الحقائق للزيلعي، 166/1.

⁵ سنن الدارقطني، 280/1، 284؛ السنن الكبرى للبيهقي، 142/1.

وفي «المحيط»: لو وقع على رأسه الكثرى من الشجر في صلاته، فشحجه بيني عند أبي يوسف؛ لأنه لا صنع له فيه، فصار كالسماوي، وعندهما: لا بيني؛ لأن إنبات الشجر كان يصنع العباد، فلا يكون كالسماوي، ثم إذا بنى، فإن كان إماماً أو منفرداً، فالأفضل أن يعود إلى مصلاه؛ لتكون صلاته مؤداة في موضع واحد. وإن كان مقتدياً، فإن علم أن إمامه لم يفرغ، فعليه أن يعود إلى مكانه؛ لأن الانفراد في موضع الاقتداء مفسد للصلاة.

(وَلَوْ اسْتَأْنَفَ كَانَ أَفْضَلَ)؛ لكونه خالياً عن شبهة الخلاف.

(وَيَتَعَيَّنُ) الاستئناف (لِجُنُونٍ، أَوْ احْتِلَامٍ، أَوْ إِعْمَاءٍ، أَوْ فَهْقَهَةٍ) يعني: إذا عرض هذه الأشياء في الصلاة يستأنف ولا بيني؛ لأن النص في البناء ورد لحدثٍ خارجٍ من البدن موجبٍ للحدث الأصغر، فيراعى جميع ما ورد فيه لكونه مخالفاً للقياس، ويتعين الاستئناف أيضاً إذا مكث في موضع الصلاة بعد سبق الحدث بدلالة قوله صلى الله عليه وسلم: «فليصرف».

وفي «المنتقى»: هذا إذا نوى بمكته الصلاة وإن لم ينو لا يفسد الصلاة؛¹ لأنه لم يصير مؤدياً جزءاً منها، فله البناء. وكذا إذا أتى ما ينافي الصلاة بدلالة قوله صلى الله عليه وسلم: «ما لم يتكلم حتى إذا أتى الحوض»، فوجد² موضعاً يقدر فيه على الوضوء، فجاز منه إلى طرف آخر يستأنف؛ لأنه مشى من غير حاجة، والتسبيح والتهليل لا يمنعان البناء. وقيل: يتوضأ مرة مرة وإن زاد لا بيني. والأصح أنه يتوضأ ثلاثاً، ويأتي بسنن الوضوء.

(وَلَوْ خَافَهُ) أي: المصلي سبق الحدث (فَأَنْصَرَفَ)، ثم سبقه الحدث، فتوضأ (فَهُوَ وَاجِبٌ) أي: الاستئناف متعين عند أبي حنيفة؛ لأنه ترك التوجه إلى القبلة بلا ضرورة؛ لأن الحدث لم يكن موجوداً حينئذ، فيفسد صلاته لفوات شرطها، وهو الاستقبال.

(وَيُخَالِفُهُ) أي: قال أبو يوسف: بيني كما لو سبقه قبل الانصراف لعجزه عن المضي في صلاته.

(وَيُجِيزُ الْبِنَاءَ لَانْتِصَاحِ بَوْلٍ مَانِعٍ) يعني: إذا أصاب ثوب المصلي بول أكثر من قدر الدرهم، فانصرف، فغسل بيني عند أبي يوسف. وقال: يستأنف.

وفي «المحيط»: هذا إذا كان له ثوب واحد وإن كان له ثوبان يخرج منهما النجس من ساعته، ويصلي في الآخر اتفاقاً.

له: القياس على سبق الحدث، والجامع كونهما مانعين من المضي في الصلاة.

ولهما: أن النص ورد على غير قياس في الحدث السابق، وهذا ليس بحدث، فلا يقاس عليه.

(وَلَوْ اسْتَخْلَفَ مَسْبُوقٌ) يعني: إذا سبق الإمام حدث، فاستخلف مسبوقاً، (فَقَهَقَهُ عِنْدَ إِتْمَامِ صَلَاةِ الْإِمَامِ يُفْسِدُ صَلَاتَهُ)

أي: أبو يوسف صلاة المسبوق (مَعَ الْقَوْمِ) وَأَقْتَصَرَ عَلَيْهِ) يعني: قال: يفسد صلاته دون صلاة القوم.

قيد بقوله: «عند إتمام»؛ لأنه لو قهقه قبل التشهد يفسد صلاة الكل اتفاقاً.

له: أن صلاة الخليفة فسدت، فتفسد صلاة القوم؛ لأنها مبنية على صلاته.

ولهما: أن صلاة الخليفة فسدت لوجود المفسد في خلالها، واستلزامه بناء الفاسد على الفاسد، ولا كذلك صلاة القوم؛ لأنها قد تمت، وينبغي للمسبوق أن لا يتقدم للخلافة؛ لأنه عاجز عن السلام، فإذا تقدم جاز وقدم مدرّكاً وقت السلام؛ ليسلم بالقوم، ويقوم هو إلى قضاء ما سبق به الإمام.

(وَيُجِيزُ اسْتِخْلَافَ أُمِّيٍّ بَعْدَ التَّلَاوَةِ فِي الْأُولَيَيْنِ) يعني: إذا سبق الإمام حدث بعد ما قرأ في الركعتين الأولىين، فاستخلف

أمياً جاز عند أبي يوسف. وقال: فسد صلاة الكل.

قيد بقوله: «بعد التلاوة في الأولىين»؛ لأنه لو استخلف بعد ما صلى ركعة لا يجوز الاستخلاف اتفاقاً.

له: أن فرض القراءة قد أُدِّيَ في الأولىين، فلا حاجة إليها في الآخرين، فصار الأمي وغيره فيهما سواء.

ولهما: أن الاستخلاف إنما جاز لإصلاح الصلاة، وهو إنما يتصور [34ظ] ممن له صلاحية الإمامة، والأمي ليس بأهل

لها، فيفسد كما لو استخلف صبياً، أو امرأة. وأما ما قيل: قراءة الإمام في الأولىين قراءة في الآخرين، ففي حق من يتصور منه القراءة، والأمي ليس كذلك.

(وَصَلَاةِ أُمِّيٍّ) أي: يجيز أبو يوسف صلاة أمي (لَوْ تَعَلَّمَ) ما تجوز به الصلاة بلا عمل كثير بعد ما صلى الأولىين بلا قراءة،

(فَتَلَا فِي الْأُخْرَيْنِ). وقال: لا يجوز.

¹ ح: الصلاة.

² ح: ووجد.

له: أن الأمي كان فيما مضى غير مأمور بالقراءة، وفي الشفع الثاني أتى ما أمر به، فتجوز صلاته كأمة كانت تصلي مكشوفة الرأس، فتعنتت، فتعنتت بعمل يسير.

ولهما: أنه كان مأمورًا بالقراءة مطلقًا؛ لكنه كان معذورًا لعجزه، فإذا زال العذر، وهو في الصلاة استأنف كالعاري إذا وجد ثوبًا، بخلاف الأمة؛ لأنها لم تكن مخاطبة بالستر فيما مضى.

(وَنُبِّطَ لَهَا لَوْ تَلَا بَعْدَ رُكْعَةٍ) يعني: إذا صلى الأمي ركعة بغير قراءة، ثم تعلم سورة، فقرأها تفسد صلاته عندنا، خلافًا للشافعي.

له: أنه كان مأمورًا بالأداء بلا قراءة قبل التعلم، وبعده صار مأمورًا بالأداء بقراءة، فامتثل لكلا الأمرين.

ولنا: أن ما مضى من صلاته كان ضعيفًا لمقارنته بعذر العجز، وبناء القوي على الضعيف غير جائز.

(وَأَجَازَ اسْتِخْلَافَ مُقْتَدٍ بِهِ خَارِجَ الْمَسْجِدِ) يعني: إذا أحدث الإمام فاستخلف رجلاً ممن اقتدى به خارج المسجد جاز

صلاة القوم عند محمد، خلافًا لهما.

له: أن خارج المسجد في حكم داخله بواسطة اتصال الصفوف، فيصح استخلافه من الخارجين، كما جاز من الداخلين.

ولهما: أن خلو مكان الإمام مفسد للصلاة إلا أن المسجد له حكم المكان الواحد، ولهذا لو اقتدى بالإمام فيه عن بعيد

صح إذا لم يشبهه حال إمامه. لو اقتدى به في الصحراء وبينهما قدر الصفيين لا يصح فما دام الإمام فيه لم يخل مكانه حكمًا، فصح

استخلافه، فإذا خرج خلا مكانه حقيقة وحكمًا، ففسد استخلافه وصلاتهم. وأما صلاة الإمام، فالأصح أنها لا تفسد؛ لأنه في حق

نفسه كالمنفرد لفساد استخلافه. ولو قدم القوم رجلاً قبل خروجه، فصلاة الجميع تامة؛ لأن تقديمهم كتقديمه. ولو استخلف الإمام

رجلاً من وسط الصف، فخرج قبل أن يقوم خليفته مكانه، فصلاة من كان أمامه كان¹ فاسدة لخلوهم عن الإمام؛ إذ الخليفة لم يصل

إلى مكان الإمام، وهو كان كالقائم في موضعه ما دام في المسجد، فلما خرج بقي مكانه خاليًا، ومن خلفه كان² جائزة؛ لأن الخليفة

متقدم عليهم.

(وَأَبْطَلْنَا اسْتِخْلَافَهَا فِي حَقِّهِنَّ) يعني: إذا سبق الإمام حدث، وخلفه رجال ونساء، فاستخلف امرأة فسدت صلاة الكل

عندنا، ويصح في حقهن عند زفر؛ لأن الحاجة إلى الإمام في حق المقتدي دون الإمام، والمرأة تصلح إمامًا للنساء.

ولنا: أن الإمام متى استخلف واحدًا يكون الإمام مقتديًا به، ولهذا قالوا: من أمَّ واحدًا، فأحدث فالمأموم متعين للخلافة نوى

أو لم ينو، والإمام الأول يتم صلاته مقتديًا بالثاني، حتى لو كان الإمام مفترضًا، فأحدث، فخرج من المسجد، وكان المأموم متنفلاً

فسد صلاة الإمام دون المأموم؛ لأن اتباع الفرض النفل غير جائز. ولو كان خلفه امرأة واحدة تفسد صلاته لكونها متعينة للخلافة،

والأصح أنه لا تفسد صلاته ما لم يستخلفها قصدًا؛ لأنها غير صالحة للإمامة، وههنا لما استخلف المرأة صار مقتديًا بها، ففسد

صلاته، ثم تفسد صلاة الكل ضرورة؛ لأن صلاتهم مبنية على صلاته.

(وَلَوْ نَامَ لِأَحَقِّ) موصوف بأنه (سَهَى إِمَامُهُ عَنِ الْقَعْدَةِ الْأُولَى، فَاسْتَيْقَظَ) اللاحق (بَعْدَ الْفَرَاغِ) أي: فراغ الإمام وقد فات

عنه ثلاث ركعات، (أَمْرُنَا) أي: اللاحق (بِتَرْكِ الْقَعْدَةِ) في موضع القعود. وعند زفر: يقعد؛ لأن القعود واجب، فلا يترك قصدًا بترك

الإمام ناسيًا كالمسبوق.

ولنا: أن اللاحق مؤدٍ باعتبار الوقت قاضي لما انعقد له إحرام الإمام، ولهذا صار في حكم المقتدي، ولا يقرأ، ولا يسجد

للسهو. ولو قعد مع ترك الإمام يكون مخالفًا له، بخلاف المسبوق؛ لأنه منفرد، ولهذا يقرأ ويسجد.

في «الخانية»: المسبوق ليس كالمنفرد من كل وجه؛ لأن الاقتداء بالمنفرد صحيح، وبالمسبوق غير صحيح.

(فصل) في قضاء الفوات

(قَضَاءُ فَائِتَةٍ) أي: صلاة فرض فاتت عنه (بَعْدَ سِتِّ) أي: بعد أوقات صلوات ست مؤداة في أوقاتها حال كونه (ذَاكِرًا لَهَا)

أي: لتلك الفاتئة (مُتَعَيِّنٍ) يعني: يعيد تلك الفاتئة وحدها، ولا يجب عليه إعادة ما صلى بعدها مع تذكرها عند أبي حنيفة.

(وَأَلْزَمَهُ مَعَهَا) أي: مع إعادة تلك الفاتئة (بِحَمْسٍ) أي: بإعادة خمس صلوات. وإنما قيد به؛ لأن السادسة جائزة اتفاقًا.

¹ ح - كان.

² ح - كان.

لهما: أنه أذى الخمس حال قيام الترتيب قبل بلوغ الفوائت حد الكثرة، وهو أن يصير الفوائت سناً، فوقعت فاسدة، فلا تنقلب بعدها جائزة، فتجب إعادتها، والكثرة الحاصلة بالسادسة [35و] إنما تؤثر فيما بعدها لا في الخمس، كما أن الكلب المعلم إذا ترك الأكل ثلاث مرات يثبت الجُلُّ فيما بعد الثلاث لا فيها، فتنفسد الخمس لكونها مؤداة بلا ترتيب.

وله: أن الترتيب يسقط بكثرة الفوائت، والكثرة قائمة بمجموع الست مستندة إلى أولها، كسائر المستندات لا بالسادسة، فكأنه صلى الخمس حال سقوط الترتيب، فوقعت صحيحة، ولهذا قيل: في هذه المسألة الواحدة المفسدة للخمس هي الفائتة التي تقضى قبل السادسة، والمصححة لها هي السادسة. وأما قولهما وقعت فاسدة، فمنوع لجواز أن يقال: إنها موقوفة لاحتمال حصول الكثرة، كما يتوقف ظهر المقيم الصحيح يوم الجمعة لاحتمال إدراكه الجمعة.

وفي «المحيط»: عدم وجوب الإعادة عنده إذا لم يعلم من فاتته الصلاة وجوب الترتيب، وفساد صلواته بدونه. أما إذا علم، فعليه إعادة الكل اتفاقاً؛ لأن العبد مكلف بما عنده.

(وَقَضَاءُ ظَهْرٍ وَعَصْرِ مِنْ يَوْمَيْنِ) يعني: من فاتته صلاة ظهر من يوم وعصر من يوم (غَيْرِ مُرْتَبَيْنِ) أي: غير معلوم عنده أيهما الأول ولم يقع تحريره على شيء (بِعَصْرِ بَيْنَ ظَهْرَيْنِ) يعني: يكون قضاؤهما عند أبي حنيفة بأن يصلي الظهر، ثم العصر، ثم يعيد الظهر. فإن كان ترك الظهر أولاً يقع الظهر الثاني نفلاً. وإن كان ترك العصر أولاً، فالظهر الأول يقع نفلاً، (أَوْ بِالْعَكْسِ) أي: يصلي العصر، ثم الظهر، ثم العصر. فإن ترك العصر أولاً، فالثانية نفل، وإلا فالأولى نفل.

(وَأَقْتَصَرَا عَلَيْهِمَا) يعني: قال: عليه قضاء ظهر وعصر لا غير.

قيد بقوله: «من يومين»؛ لأنهما لو فاتتا من يوم يقضي الظهر، ثم العصر اتفاقاً.

وقيد بقوله: «غير مرتبين»؛ لأن الفائتة الأولى لو كانت معلومة عنده يقضي على موجب علمه اتفاقاً.

وقيدنا بـ«عدم وقوع تحريره على شيء»؛ لأنه لو وقع تحريره على شيء يعمل به اتفاقاً.

لهما: أن الترتيب سقط بين الفائتين؛ لأنه عاجز عن رعايته، كما سقط بالنسيان لهذا.

وله: أن رعاية الترتيب ممكن هنا بما قلنا، فلم يتحقق العجز.

فإن قلت: ذكر المصنف الحكم في الصلاتين،¹ ولم لم يذكر في الثلاث، كما إذا شك في ثلاث صلوات ظهر وعصر ومغرب من ثلاثة أيام، ولم يدر أيها الأولى؟

قلت: لعدم الاختلاف فيه لسقوط الترتيب؛ لأن ما بين الفوائت يزيد على ست صلوات.

وقال بعض المشايخ: يجب الترتيب فيه أيضاً؛ لأنه يعتبر أن تكون الفوائت في نفسها سناً، ولم يوجد ههنا، فمن أسقط الترتيب يقول: يصلي كيف شاء، ومن لم يسقط يقول: يصلي الظهر، ثم العصر، ثم الظهر، ثم المغرب، ثم الظهر، ثم العصر، ثم الظهر فيصلح سبع صلوات. والأصل فيه أن تعتبر الفائتان فيعدهما كما وصفنا بعصر بين ظهرين، ثم يأتي بالمغرب، ثم يأتي بعصر بين ظهرين. ولو ترك العشاء مع ذلك صلى سبع صلوات، كما ذكرنا في المغرب، ثم يأتي بالعشاء، ثم يصلي بعدها سبعاً كالتالي قبلها.

وعلى هذا (وَتُرْتَبُ الْفَوَائِتُ) يعني: نوجب الترتيب بين الفوائت، وبينها وبين الوقتية حتى تذكر الفائتة مفسدة للوقتية عندنا. وقال الشافعي: لا يجب الترتيب، فلا يفسد بتذكره الوقتية.

(وَتُسْقَطُ) الترتيب (بِالنَّسْيَانِ). وقال الشافعي: لا ترتيب، ولا سقوط بالنسيان.

له: أن الترتيب إنما يراعى بين الصلوات لضرورة الترتيب في الأوقات، والفوائت مرسلة عن الوقت ثابتة في الذمة، فانتهى الترتيب عنها.

ولنا: قوله صلى الله عليه وسلم: «من نام عن صلاة، أو نسيها، فليصلها إذا ذكرها، فإن ذلك وقتها»، يعني: لا يجوز في وقت التذكر غيرها، فلو عملنا بهذا الخبر الواحد، وأمرنا بقضاء الفوائت جميعاً حين تذكرها، لفات الوقتية الثابتة بالخبر المتواتر، وذا لا يجوز، فاعتبرنا الترتيب عند قلة الفوائت، وأسقطناه عند كثرتها. هذا إذا كان الفوائت حديثة. وأما إذا كانت قديمة، فاشتغل بأداء الوقتيات زماناً، ثم فات عنه صلاة أخرى جاز أداء الوقتية بتذكرها عند بعض لسقوط الترتيب عنه، ولم يجز عند بعض استحساناً؛ لأن

¹ ح: الصورتين.

القديمة جعلت كالمعدوم زجرًا له عن التهاون بالصلاة¹ اختار صاحب «المحيط» القول الأوّل، والصدر الشهيد القول الثاني، والفتوى على الأوّل.

(وَأَسْقَطْنَاهُ) أي: الترتيب بين الفوائت وبينها وبين الوقتية (بِسْتٍ) أي: بفوات ست صلوات (لَا بِشَهْرٍ) أي: لا أسقطناه بفوات صلوات شهر، كما قال زفر.

له: أنّ ما دونه قليل عاجل، فلهذا لا يجوز جعله أجلًا في السلم.

ولنا: أن الكثرة تكون بالدخول في حد التكرار، وإذا حصل بفوات ست، ثم الترتيب بعد ما سقط بكثرة الفوائت يعود. إذا قلت: عند بعض لزوال المانع، كما كان يعود حق الحضانة إذا ارتفع الزوجية، وهو مختار صاحب «الهداية». وعند الأكثرين: لا يعود، وعليه الفتوى، [35ظ] كماء قليل نجس إذا دخل عليه الماء الجاري، حتى كثر وسال، ثم عاد إلى القلة لا يعود نجسًا.

(واعتبر) محمد في حد الكثرة (دُخُولِ وَقْتِ السَّادِسَةِ)؛ لأن بدخوله يثبت الزيادة على الخمس، فيكون في حكم التكرار، (وَهُمَا خُرُوجُهُ) يعني: هما اعتبارا خروج وقت السادسة؛ لأن الزيادة على أوقات صلوات يوم وليلة، إنما يحصل بأن يتكرر وقت صلاة بتمامه، وذلك بخروجه.

(وَلَوْ صَلَّى الظُّهْرَ بِغَيْرِ طُهْرٍ، ثُمَّ صَلَّى الْعَصْرَ بِهِ) أي: بالظهر حال كونه (ذَاكِرًا) لأدائه الظهر بغير طهارة، (ثُمَّ قَضَى الظُّهْرَ وَحَدَّهَا) أي: دون العصر، (ثُمَّ صَلَّى الْمَغْرِبَ ذَاكِرًا أَجْزَانَهَا) أي: صلاة المغرب. وقال زفر: لا يجوز. قيد بقوله: «ذاكرًا»؛ لأنه لو كان ناسيًا جاز العصر اتفاقًا. هذا إذا ظن أن العصر جائز وإن ظن أنه غير جائز لا يجوز له المغرب اتفاقًا من «المصنفى».

له: أنه صلاها مع تذكر العصر، وهي كانت فاسدة بتذكر الظهر، فلا يجوز كما لم يجز عصره.

ولنا: أن فساد الظهر قوي لكونها بلا طهارة، فأفسد تذكره العصر، وفساد العصر ضعيف؛ لكونها بلا ترتيب، وهو ساقط عند الشافعي، فلم يكن العصر في حكم الفائتة بيقين، فلم يفسد تذكرها المغرب، فصار كمن جمع بين حر وعبد بثمن واحد بطل العقد فيها؛ لأن بيع الحرة لقوة فساده سرى، بخلاف من جمع بين قن ومدبر، حيث صح في القن بحصته؛ لأن بيع المدبر مختلف فيه. (وَلَوْ ظَنَّ إِجْزَاءَ الْعَصْرِ) يعني: لو ظن في الصورة السابقة أن العصر جائزة حين صلاها مع تذكر الظهر، (أَمْرًا يُعَادَتُهُمَا) أي: بإعادة الظهر والعصر جميعًا، (لَا الظُّهْرَ وَحَدَّهَا). يعني: قال زفر: يعيد الظهر وحدها؛ لأن ظنه الإجزاء مع تذكر الظهر قام مقام نسيان الظهر، فيجوز عصره.

ولنا: أن هذا الظن غير معتبر لعدم إبتائه على دليل شرعي، حتى أنه لو أعاد الظهر وحدها، ثم صلى المغرب، وهو يظن أنه العصر له جائز، يجزئه المغرب؛ لأن ظنه مستند إلى ظن معتبر كظن الشافعي، فإن الترتيب غير واجب عنده.

(وَأَسْقَطُوهُ لِتَضْيِيقِ وَقْتِ الْحَاضِرَةِ) يعني: إذا ضاق الوقت، ولم يسع فيه شروع الوقتية والفائتة جميعًا، أسقطوا الترتيب، وجوّزوا أداء الوقتية مع تذكر الفائتة، خلافاً لمالك.

قيد الحاضرة بـ«الوقت»؛ لأن تضيق نفس الصلاة الحاضرة غير مسقط اتفاقًا، كمصلي الجمعة إذا تذكر الفجر، وكان بحيث لو استغل به تفوته الجمعة دون الوقت يصلي الفجر لا الجمعة.

وقيدناها بـ«شروعها جميعًا»؛ لأنه لو شرع الوقتية مع تذكر الفائتة في سعة الوقت، وأطال القراءة حتى ضاق لا يجوز صلاته، فيجب عليه أن يقطعها، ويشرع فيها ثانيًا، كذا في «النهاية».

له: عموم قوله صلى الله عليه وسلم: «من نام عن صلاة، أو نسيها، فليصلها إذا ذكرها».

ولنا: أن الوقتية فريضة بالنص، فلا يجوز تفويتها برعاية الترتيب الواجب بخبر الواحد.

اعلم: أن المعتبر عند محمد الوقت المستحب للحاضرة، وعندهما: أصل الوقت حتى أن من فاته الظهر، وأمكن أدائه قبل تغير الشمس، ولكن يقع كل العصر أو بعضه بعد التغير لا يلزمه الترتيب عنده، ويلزمه عندهما.

¹ ح - بالصلاة.

(وَعَدْرَتَاهُ بِالْجَهْلِ فِي دَارِ الْحَرْبِ) يعني: إذا أسلم حربي بدار الحرب، ولم يعلم وجوب الصلاة ونحوها، ومكث فيها زماناً، ثم علم به لا يلزمه قضاءه عندنا. وقال زفر: يلزمه؛ لأن الجهل بالشرائع لا يمنع وجوبها، كما أن الجهل بالإيمان لا يمنع وجوبه، وكما لو أسلم في دار الإسلام، ولم يعلم بالشرائع يجب عليه.

ولنا: أن الإنسان عاجز عن الاتمرار بالشرائع قبل العلم بها، فكيف يلزمه بخلاف الإيمان؛ لأن دلائل وجود الصانع ظاهرة، وبخلاف من أسلم في دار الإسلام؛ لأنها دار العلم وشيوع الأحكام، فلا يكون معذوراً في ترك تعلمه.

(وَتَلَزِمُهُ بِإِعَادَةِ فَرَضِ ارْتِدِّ عَقِيْبِهِ، وَتَابَ فِي الْوَقْتِ) يعني: إذا صلى فرض الوقت، ثم ارتدَّ والعياذ بالله، ثم أسلم في الوقت يجب عليه إعادته عندنا، ولا يجب عند الشافعي؛ لأن نفس الردة لا يُبْطِلُ العمل؛ بل الموت عليها لقوله تعالى: ﴿وَمَنْ يَزِدْ مِنْكُمْ عَنْ دِينِهِ فَيَمُتْ وَهُوَ كَافِرٌ فَأُولَئِكَ حَبِطَتْ أَعْمَالُهُمْ﴾ [البقرة، 217/2].

ولنا: أن العمل يُبْطِلُ بنفس الكفر، لقوله تعالى: ﴿وَمَنْ يَكْفُرْ بِالْإِيمَانِ فَقَدْ حَبِطَ عَمَلُهُ﴾ [المائدة، 5/5]، ويجوز تعليق حكم بكل شرط¹ من الشرطين، فيعمل بالنص المطلق وبالمقيد أيضاً، وإذا بطل جعل كأنه لم يصل، فإذا أسلم في الوقت يجب عليه الأداء.

(وَلَا تُوجِبُ قَضَاءَ مَا فَاتَهُ زَمَانُ الرِّدَّةِ) يعني: إذا مضت المدة على رده، ثم أسلم لا يجب عليه قضاء ما فاته فيها من الفرائض عندنا، ويجب عند الشافعي.

لنا: قوله تعالى: ﴿قُلْ لِلَّذِينَ كَفَرُوا إِنْ يَنْتَهُوا يُعْزَرْ لَهُمْ مَا قَدْ سَلَفَ﴾ [الأنفال، 38/8]، وهو بعمومه يتناول المرتد. وله: أن المرتد مخصوص منه؛ إذ الكافر الأصلي لم يعلم محاسن الإسلام، ولم يلتزم ما فيه من التكليف، [36و] ولو كان واجباً عليه قضاء المتروكات في كفره، لكاد أن يمنعه عن الإسلام، فخفف لذلك، ولا كذلك المرتد؛ لأنه علم حسن الإسلام، وتركه عناداً، فلم يستحق التخفيف، ولهذا لم يقبل منه الجزية.

(فصل) في السنن الرواتب وإدراك الفريضة وفي النوافل وأحكامها والنذر

(يُسَنُّ أَرْبَعُ قَبْلِ الظُّهْرِ بِتَسْلِيمَةٍ)؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال هكذا.² ذكر في «الوجيز»: السنة عند الشافعي أن يصلي الأربعة بتسليمتين بلا نقل قول آخر عنه. وكذا نُقِلَ مذهبه في «الهداية» وشروحه، والمصنف لم يذكر الخلاف فيها.

له: أن النبي صلى الله عليه وسلم «كان يصليها بتسليمتين»³، رواه أبو هريرة. قلنا: معناه: بتشهدين من باب ذكر الحال وإرادة المحل، وهذا التأويل مروى عن ابن مسعود من «العناية». (وَرَكْعَتَانِ قَبْلَ الصُّبْحِ، وَبَعْدَ الظُّهْرِ، وَالْمَغْرِبِ، وَالْعِشَاءِ) ابتدأ القدوري بذكر سنة الفجر؛ لكونها أقوى، وابتدأ المصنف بذكر سنة الظهر؛ لأن الظهر أول صلاة وجبت على النبي صلى الله عليه وسلم. (وَيُسَنُّ أَرْبَعُ قَبْلِ الْعَصْرِ، وَقَبْلَ الْعِشَاءِ، وَبَعْدَهَا) اختار لفظ «يستحب»؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم ما واطب عليها.⁴

(وَلَمْ نَفْصِلِ الثَّنَائِيَّةَ فِي النَّفْلِ مُطْلَقًا) أي: في الليل والنهار. وقال الشافعي: التنفل فيهما⁵ بركتين أفضل، لقوله صلى الله عليه وسلم: «صلاة الليل والنهار مثنى مثنى»⁶. (فَالرُّبَاعِيَّةُ أَفْضَلُ) يعني: عند أبي حنيفة: التنفل بالأربع فيهما⁷ أفضل.

¹ ح - شرط.

² سنن أبي داود، التطوع 7؛ سنن ابن ماجه، إقامة الصلاة 105.

³ لم نجده في كتب الحديث، انظر: المبسوط للسرخسي، 156/1.

⁴ لم نجد بهذا اللفظ حديثاً ولكن ليس في حديث: «من نابر على ثنتي عشرة ركعة في اليوم واللييلة، بنى الله له بيتاً في الجنة» ذكر لهاتين الصلاتين فيفهم منه ما واطب عليه، انظر: نصب الراية للزبيعي، 137/2.

⁵ وفي هامش ح: أي: في الليل والنهار.

⁶ سنن أبي داود، الصلاة 301؛ سنن الترمذي، الصلاة 198.

⁷ وفي هامش ح: أي: في الليل والنهار.

(وَقَالَ: هَذِهِ نَهَارًا) يعني: الأربعاء في النهار أفضل، (وَتَلَّكَ لَيْلًا) يعني: الثلاثاء في الليل أفضل، لقوله صلى الله عليه وسلم: «صلاة الليل مثنى مثنى»¹.

وله: ما روي: «أنه صلى الله عليه وسلم كان يصلي بعد العشاء أربعًا»²، «وكان يواظب على الأربعاء في الضحى»³، وما رواه محمود على أن معنى قوله: «مثنى» شفعا لا وترًا. ولفظ «النهار» في الحديث غريب رواية، فلا يعمل به. (وَالثَّمَانِيَةُ) أي: ثماني ركعات بتسليمة، ولو قال: «وثمان ركعات»، لكان حسنًا؛ لأن تأنيث العدد عكس التوانيث (فَقَطُّ فِيهِ) أي: بلا مزيد عليها في الليل (جَائِزَةٌ) عند أبي حنيفة. وقال: غير جائزة. قيد بقوله: «فقط» إشارة إلى أن الزيادة على الثمانية لا يجوز اتفاقًا. وقيد بقوله: «فيه» مقدمًا على عامله؛ لأن الثمانية في النهار غير جائزة اتفاقًا. اعلم: أن المصنف اتبع صاحب «الهداية» في جعل الثمانية في الليل جائزة عنده خلافًا لهما؛ لكن ذكر في «النهاية»: لا فائدة في تخصيص ذكر أبي حنيفة؛ لأن النافلة في الليل إلى الثمانية جائزة بغير كراهة اتفاقًا، وفيما وراءها مكروهة اتفاقًا في عامة روايات الكتب. **لهما: ما رواه.**

وله: ما روي: «أنه صلى الله عليه وسلم صلى ثماني ركعات في الليل بتسليمة»⁴. (وَسَجْدَةُ الشُّكْرِ غَيْرُ مَشْرُوعَةٍ) يعني: ليست بقربة؛ بل مكروهة لا يثاب عليها. وقال: قربة يثاب عليها. وثمرة الخلاف يظهر فيمن تيمم لسجدة الشكر يجوز الصلاة بذلك التيمم عندهما، ولا يجوز عنده. **لهما: ما روي:** «أنه صلى الله عليه وسلم كان إذا رأى مبتلى، أو سمع ما سره كان يسجد لله شكرًا»⁵. وله: أن التقرب بالركعة الواحدة منهي عنه، فلا يتقرب بما دونها، وما رواه كان في الابتداء، ثم نسخ بالنهي عن البتراء. (وَيُقَدِّمُ أَوْلَى الظُّهْرِ قَاصِيًا عَلَى ثَانِيَتِهَا فِي الوُقُوفِ، وَأَخْرَجَهَا) يعني: من ترك السنة الأولى؛ ليؤدي الظهر بالجماعة، قضاها في الوقت بالاتفاق؛ لكن يقدمها على السنة الثانية للظهر عند أبي يوسف؛ لأن الأولى فاتت، والركعتين وقتية، فيبدأ بالفاتية كما في الفرائض. وقال محمد: يؤخرها؛ لأن السنة الأولى فاتت عن محلها، فلا يجوز تفويت الثانية عن محلها؛ لأنها شرعت متصلة بالفرض. (وَقِيلَ: بَلْ عَكْسًا فِي الأَصَحِّ) يعني: ذكر في «الجامع الصغير»: أن أبا يوسف يقدم الثانية، ومحمد يؤخرها، وهذا أصح؛ لأن أبا يوسف اعتبر المحل في مسألة أخرى، وقال: من أدرك الإمام في الركوع يوم العيد يأتي بتسبيحاته؛ لأنها في محلها. ومحمد لم يعتبره، وقال: يأتي بتكبيرات العيد؛ لأنها واجبة، والتسبيحات سنة. (وَاسْتَحَبَّ) محمد (فَقَضَاءُ سَنَةِ الفَجْرِ وَخَدَهَا بَعْدَ طُلُوعِ الشَّمْسِ). وقال: لا يقضي، ولو قضى يكون سنة عنده، نفلًا عندهما.

قيد بـ«الفجر»؛ لأن سائر السنن لا يقضى بعد الوقت اتفاقًا. وقيد بقوله: «وحدها»؛ لأنها إذا فاتت مع فرضها يقضى اتفاقًا إلى الزوال، وفي قضائها بعده اختلاف المشايخ. وقيد بقوله: «بعد طلوع الشمس»؛ لأنها لا يقضى قبل الطلوع اتفاقًا. له: قوله صلى الله عليه وسلم: «من فاتته سنة الفجر، فليقضها»⁶. **ولهما: أن القضاء إنما يكون في الواجب، والسنن غير واجبة، فلا يقضى إلا أن قضاء سنة الفجر جاز تبعًا لفرضها، بحديث صَبِيحَةَ لَيْلَةَ التعريس، وفيما وراءه يبقى على الأصل.**

¹ صحيح البخاري، الوتر 1؛ صحيح مسلم، صلاة المسافرين 145.

² سنن أبي داود، التطوع 16.

³ سنن ابن ماجه، إقامة الصلاة 187، 79 بمعناه.

⁴ لم نجده كذا؛ بل صلى النبي صلى الله عليه وسلم تسع ركعات بليلة فيهن الوتر لا يجلس فيها إلا في الثامنة، انظر: مسلم، صلاة المسافرين 139.

⁵ سنن أبي داود، الجهاد 162؛ سنن ابن ماجه، إقامة الصلاة 192، بمعناه بغير ذكر ابتلاء.

⁶ لم نجده بهذا اللفظ وروي من فعله أنه نام عن الصبح فصلى ركعتي الفجر أولًا، انظر: سنن أبي داود، الصلاة 11؛ صحيح ابن خزيمة، 214/1. ومن تقريره

لرجل، انظر: سنن أبي داود، التطوع 6.

أقول: لو قال: «وجوّز قضاء سنة الفجر»، لكان حسنًا؛ لأن المذكور في «المنظومة»: أن سنة الفجر يقضى عنده خلًا لهما، والمصنف نصب الخلاف في الاستحباب، ولم يردف [36ظ] قولهما، فعلم منه أن قضاءها غير مستحب عندهما، ويتوهم منه أنه جائز بلا استحباب؛ لأن نفي الاستحباب لا يستلزم نفي الجواز، مع أنه صرح في «شرحه»: بأنها لا تقضى عندهما.

(وَإِذَا أَدْرَكَ) قاصد الصلاة (الإمام في ثابفة الفجر صلى السنة خارج المسجد)؛ لأنها أقوى يدل عليه قوله صلى الله عليه وسلم: «صلوا سنة الفجر، وإن طردتكم الخيل»،¹ وتجويز مشايخنا للمفتي ترك السنن لحاجة الناس إلى فتواه إلا سنة الفجر، ولغيره أن يصلي السنن قاعدًا من غير عذر إلا سنة الفجر.

قيد بقوله: «خارج المسجد»؛ لأنه لو صلى في المسجد، لصار متهمًا بمخالفة الجماعة، وقد «نهى صلى الله عليه وسلم عن مواضع التهمة».²

وفي «الخانية»: هذا إذا وجد في خارجه موضع، وإن لم يوجد صلاههما في المسجد، ويبعد عن الصفوف مهما أمكنه حذرًا عن التهمة.

(إِنْ لَمْ يَخَفْ فَوْتَهَا) أي: فوت الركعة الثانية؛ ليكون جامعًا بين فضيلتي السنة والجماعة.

قيد به؛ لأنه إن خاف فوتها لم يصل السنة، واقتدى بالإمام؛ لأن سنة الجماعة أكد؛ لما روي: «أنه صلى الله عليه وسلم قال: لقد هممت أن أستخلف من يصلي الناس، وأنظر إلى من لم يحضر الجماعة، فأمر بإحراق بيوتهم».³

(وَإِنْ أَدْرَكَهُ فِي غَيْرِهَا) أي: غير صلاة الفجر (شروع معه) وترك السنة؛ لأن التنفل بعد الإقامة للفرض مكروه.

(وَإِنْ أُقِيمَتِ الصَّلَاةُ بَعْدَ الشَّرُوعِ فِي التَّطَوُّعِ) يعني: إذا شرع الإمام في الصلاة بعد شروع القاصد في التطوع (أتم شفعًا)

أي: يضيف إلى الركعة الأولى أو الثالثة، سواء قيدها بالسجدة أو لا؛ ركعة أخرى صيانة للعمل عن البطالان؛ لأن الوتر ممنوع، ولا يزيد عليها؛ لئلا يكون مبتدئًا بالتطوع بعد الإقامة، (أو بعد ما صلى) أي: إن أقيمت بعد ما صلى (من الفجر أو المغرب ركعة قطع) صلاته، (وشارك) الإمام. إنما أمر في الفريضة بقطعها، ولم يؤمر بقطع التطوع؛ لأن القطع في الفريضة لأجل أن يؤديها على الكمال، فإن النقص للإكمال إكمال كهدم المسجد للبناء، ولا كذلك التطوع.

(فَإِنْ قِيدَ الثَّانِيَةَ فِيهِمَا بِالسَّجْدَةِ) أي: إن صلى ثابفة الفجر أو المغرب (أتم) صلاته، ولا يقطعها؛ لأن للأكثر حكم الكل،

(وَلَمْ يُشَارِكْ) أي: لا يدخل في صلاة الإمام؛ لأنه يكون متنفلًا حينئذ بعد صلاة الصبح، وهو مكروه، ومنتفلًا بالثلاث بعد المغرب، وهو غير مشروع.

فإن قلت: كان الحسن أن يشارك الإمام، ويصلي بعد فراغه الرابعة، كما روي، كذا عن أبي يوسف؟

قلنا: لا يحسن؛ لأن فيه مخالفة الإمام.

فإن قلت: هذه مخالفة بعد الفراغ، فلا بأس بها كمقيم إذا اقتدى بمسافر يصلي ركعتين بعده؟

قلنا: صلاة المسافر والمقيم كانت واحدة بالنظر إلى الأصل، وهنا ليس كذلك، كذا في «العناية».

يفهم مما سبق أنه إن لم يقيد الثانية بالسجدة قطعها؛ لأنها لم تتم بعد.

(وَإِنْ كَانَ فِي غَيْرِهِمَا) أي: إن كان ما ذكر من الإقامة بعد أداء الركعة في غير صلاة الفجر أو المغرب (أضاف ثابفة،

وشارك) الإمام لصيانة العمل، وإدراك فضيلة الجماعة، (وإن عقد الثالثة) أي: قيدها ب«السجدة» (أتم، وشارك) الإمام للتنفل.

فإن قلت: أليس التنفل بجماعة مكروها خارج رمضان؟

قلت: نعم، إذا كان صلاة الإمام والقوم نفلًا. وأما اتباع النفل بالفرض، فغير مكروه. وعن شمس الأئمة: أن التنفل بالجماعة

إنما يكره إذا كان على سبيل التداوي. وأما لو اقتدى به واحد أو اثنان بواحد لا يكره. وإذا اقتدى ثلاثة بواحد اختلف فيه. وإن اقتدى أربعة بواحد يكره اتفاقًا.

وإنما قيد ب«عقد الثالثة»؛ لأنه لو لم يعقدها يقطعها؛ لأن الثالثة تحتمل الرفض، ويقطعها إحترازًا لفضيلة الجماعة.

¹ سنن أبي داود، التطوع، 3؛ مسند أحمد بن حنبل، 405/2.

² لم نجد فيه إلا حديث «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يقفن مواقف التهم» مروى في المسبوط للسرخسي (58/3) وفي الكشاف للزمخشري (450/2)؛ (568/3)، وقال الزيلعي فيه في تخريج أحاديث الكشاف (136/3) «غريب».

³ صحيح البخاري، الجماعة 1؛ صحيح مسلم، المساجد 251، بمعناه.

اختلف في كيفية القطع؟

قيل: يعود إلى القعدة، ثم يسلم؛ لأن الخروج عن صلاة معتد بها إنما شرع بالقعدة.
وقيل: يقطع قائماً بتسليم، وهو الأصح؛ لأن القعدة شرعت للتحلل، وهذا قطع، وليس بتحلل.
(إِلَّا فِي الْعَصْرِ) فإنه لا يشارك الإمام فيه؛ لأن التنفل بعده¹ مكروه.
(وَتُوجِبُ الْإِتْمَامَ بِالشُّرُوعِ) يعني: من شرع في نافلة وجب إتمامها عندنا. وقال الشافعي: لا يجب؛ لأنه متبرع، ولا لزوم على المتبرع.

ولنا: أنه التزم عبادة صوتاً أو صلاة، فوجب إتمامها صوتاً عن البطلان؛ لأنها غير متجزئة بهذا الاعتبار، قال الله تعالى: ﴿وَلَا تُبْطِلُوا أَعْمَالَكُمْ﴾ [محمد، 33/47].

(وَالْقَضَاءُ بِالْإِفْسَادِ) هذا فرع لما قبله، أي: عندنا يجب القضاء على المتطوع بإفساد ما شرع فيه؛ لأن إتمامه واجب، وعنده² لا يجب القضاء؛ لأن إتمامه غير واجب.

(وَيُفْتَى بِقَضَاءِ رُبَاعِيَّةٍ تَجَرَّدَتْ عَنِ الْقِرَاءَةِ، وَهَمَّا تُنْتَيْنِ) يعني: من شرع في رباعية نافلة، ولم يقرأ فيها شيئاً يأمره أبو يوسف بقضاء أربع، وهما بقضاء ركعتين.

له: أن ترك القراءة لا يوجب بطلان التحريمة، لجواز صلاة الأُمِّي بلا قراءة، فيصح شروعه في الأربع، فيلزمه قضاؤها لإفسادها بترك القراءة.

ولهما: أن أفعال الصلاة لما فسدت بترك القراءة بطلت تحريمته؛ لأنها إنما [37و] عقدت لأجلها، فلم يصح بها شروعه في الشفع؛ لأنه بمنزلة صلاة على جِدَّةٍ، فيلزمه قضاء الشفع الأول.

أيها الطالب³ يظهر لك مما سبق أنه لو قرأ في إحدى الأربعين فقط حينئذ يكون الحكم خلافياً، كما في مسألة المتن يقضى أربعاً عنده⁴ لبقاء التحريمة، وثنتين عندهما لبطلان التحريمة.

ولو قرأ في الأوليين لا غير، فعليه قضاء الأربعين اتفاقاً؛ لبقاء التحريمة وصحة الشروع في الشفع الثاني.
ولو قرأ في الأربعين لا غير، فعليه قضاء الأوليين اتفاقاً. أما عندهما فلا ن الشروع لم يصح في الشفع الثاني. وأما عنده⁵ فلا ن قرأ فيما صح شروعه فيه.

(وَلَوْ تَجَرَّدَتْ مِنْ كُلِّ شَفْعٍ رُكْعَةً) يعني: من شرع في نافلة رباعية، ولم يقرأ في ركعة من الشفع الأول، وركعة من الشفع الثاني (أَفْتَى) محمد (بِقَضَاءِ تُنْتَيْنِ)؛ لأن ترك القراءة في إحدى الركعتين يوجب فساد التحريمة عنده، فلم يصح الشروع في الشفع الثاني، (وَهُمَا بِالْأَكْلِ) أي: هما أفتيا بقضاء الأربع. أما أبو يوسف فقد مر على أصله من أن ترك القراءة لا تفسد التحريمة. وأما أبو حنيفة فقد عمل بالمسألة السابقة بالقياس، وفي هذه المسألة بالاستحسان، وهو أن التحريمة وإن⁶ فسدت بترك القراءة؛ لكن قَوِيَتْ بوجود القراءة في ركعة؛ لأن الفرض عند بعض العلماء قراءة ركعة فقط، فصارت ملزمة للشفع الثاني، فوجب قضاء الأربع، وهذا الحكم مذكور في «الجامع الصغير»، رواه محمد عن أبي يوسف عن أبي حنيفة حكى أن أبا يوسف أنكره، وقال: رويث لك عن أبي حنيفة قضاء ثنتين، كما هو مذهبه، ولم يرجع محمد عن روايته، وقال: رويث لي، ونسيت، والمشايخ اختاروا قول محمد؛ لأن الأصل السابق يساعده، واعتذر⁷ لأبي يوسف بأن ما حفظه هو قياس مذهب أبي حنيفة؛ لأن التحريمة ضعفت بالفساد بترك القراءة في ركعة، فلا يلزمه الشفع الثاني بالشروع. ويحتمل أن أبا يوسف ذكر له القياس والاستحسان، فحفظ محمد جواب الاستحسان.

أيها الطالب تعرف من هذا التوجيه: أنه لو قرأ في إحدى الأوليين فقط يكون الخلاف، كما في هذه المسألة.

¹ وفي هامش ح: أي: بعد العصر.

² وفي هامش ح: الشافعي.

³ وفي هامش ح: هذا شروع في بيان المسائل الثمانية المشهورة بين الفقهاء.

⁴ وفي هامش ح: أبي يوسف.

⁵ وفي هامش ح: أبي يوسف.

⁶ وفي هامش ح: وصل.

⁷ وفي هامش ح: محمد.

ولو قرأ في الأوليين وإحدى الآخرين فعليه قضاء الآخرين اتفاقاً، لصحة الشروع في الشفع الثاني وفساده بترك القراءة ولو قرأ في الآخرين وإحدى الأوليين، فعليه قضاء الأوليين اتفاقاً. أما عنده،¹ فلفساد التحريمة. وأما عندهما، فلوجود القراءة فيما صح شروعه فيه، وهو الشفع الثاني.

(وَيُلْزِمُهُ بِالرُّبَاعِيَّةِ لِنَيْتِهَا، وَيَقْضَاهَا لِقَطْعِهَا) يعني: من شرع في التطوع بنية الأربع، لزمه أداء الأربع. وكذا قضاؤه إن أفسده كيف ما وجد القاطع عند أبي يوسف في قوله الأول.

قيد بـ«نيتها» أي: بنية الرباعية؛ لأنه لو شرع في النافلة بمطلق النية لا يلزمه أكثر من ركعتين اتفاقاً. ولو نوى أكثر من الأربع لا يلزمه اتفاقاً، من «الحقائق».

(وَهُمَا بِشَفْعٍ) أي: هما يلزمانه بأداء شفع، (وَيَقْضَاهُ إِنْ وُجِدَ فِي خِلَالِهِ) أي: وجد الفعل القاطع في خلال الشفع الأول أو

الثاني.

قيد بقوله: «في خلاله»؛ لأن القاطع لو وجد بعد ما قعد قدر التشهد لا يلزمه قضاؤه.

اعلم: أن القاطع لو وجد في خلال الثاني، ولم يقعد في الشفع الأول يفسد الكل اتفاقاً.

له: أن الشروع ملزم كالنذر. ولو نذر أن يصلي أربعاً يلزمه، فكذا إذا شرع في الأربع.

ولهما: أن النذر ملزم لذاته، والشروع ملزم لصيانة المؤدى عن البطلان، فيكون ملزماً للمشروع فيه، ولما لا صحة للمشروع فيه، إلا به كالركعة الثانية. وأما الشفع الثاني فلم يتوقف صح الشفع الأول عليه، ولم يوجد أيضاً الشروع فيه؛ لأنه إنما يحصل بالقيام إلى الثالثة، فلا يلزم بشروع الشفع الأول.

(وَلَوْ تَرَكَ الْقَعْدَةَ الْأُولَى فِي رُبَاعِيَّةِ النَّفْلِ حَكْمًا) محمد (بِالْفَسَادِ) أي: بفساد الشفع الأول، ولم يحكما بفساده.

قيد بـ«النفل»؛ إذ الفرض لا يفسد به اتفاقاً.

له: أن كل شفع من النفل كصلاة الظهر للمسافر، ولهذا وجبت القراءة بكل شفع، وفساد الشفع الثاني لا يسري إلى الأول إذا

وجد القعدة في الأول، فيكون القعدة في كل منهما فرضاً، فتنفسد بتركها.

ولهما: أن القعدة إنما فُرِضَتْ إذا وجد بها الخروج والتحلل، والمتنفل لما ترك القعدة، وقام إلى الثالثة صار الكل صلاة واحدة

كصلاة الظهر، فلم تصر القعدة الأولى فرضاً.

(أَوْ سَهَا عَنِ السُّورَةِ فِي الْأَوَّلِ مِنَ الْفُرْضِ لَمْ يُوجِبْ قَضَاءَهَا فِي الثَّانِي) يعني: من سها عن قراءة سورة في الشفع الأول من

الفرض لا يجب قضاؤها في الثاني عند أبي يوسف، ويجب عندهما.

قيد بـ«السورة»؛ لأنه إذا سها عن الفاتحة لا يقضيها اتفاقاً.

له: أن قراءة السورة في الآخرين غير مشروعة، فلا يمكن قضاؤها، كما إذا ترك الفاتحة.

ولهما: أن للآخرين شبهة المحلية للسورة؛ لأن جملة الصلاة موضع القراءة بالكتاب، والأوليان تَعَيَّنَتْ للقراءة بخبر الواحد،

فلا تخرج الأخرين عن المحلية بالكلية. ولو قضيت الفاتحة، لتكررت في ركعة، وهو غير مشروع. ولو قضيت السورة فيهما، لاجتمع

الفاتحة والسورة، وهو مشروع.

(وَأَوْجِبْنَاهُ) أي: القضاء في وقتٍ مباحٍ (لِقَطْعِ الْمُؤَدَّى) [37ط] أي: لقطع ما شرع فيه من النفل (فِي الْوَقْتِ الْمَكْرُوهِ).

وقال زفر: لا يجب؛ لأن الأداء فيه منهي عنه، فلا يلزم بالشروع كصوم يوم العيد.

ولنا: أن المنهي عنه هو الصلاة، والشروع ليس بصلاة، ولهذا لو حلف لا يصلي لا يحنث بالشروع ما لم يصل ركعة، فصلح؛

لأن يكون سبباً للوجوب، وقضائها في وقت آخر بخلاف الصوم، فإن نفس الشروع فيه صوم، ولهذا يحنث بالشروع مَنْ حَلَفَ لا

يصوم، وهو منهي عنه، فلا يحنث به شيء.

(وَعَكْسْنَاهُ لِقَطْعِ مَطْنُونِ الْوُجُوبِ) يعني: ما أوجبنا القضاء على من شرع في صلاة أو صوم على ظن أنه واجب عليه، ثم

تبين أنه غير واجب. وقال زفر: يجب قضاؤه؛ لأن ما شرع فيه بعد ما تبين أنه غير واجب بقي نفلاً، والنفل مضمون بالشروع.

ولنا: أن من شرع نفلاً التزم الأداء فعلاً، فلزم إتمامه، ومن شرع على ظن الوجوب لا يلتزم شيئاً؛ بل يسقط عنه ما عليه فافتراقاً،

فإذا انعدم الالتزام انعدم الوجوب.

¹ وفي هامش ح: محمد.

(وَلَوْ اِقْتَدَى بِمُقْتَرَضٍ مُتَقَدِّمًا) حالاً من فاعل «اقتدى»، (فَأَفْسَدَهُ) أي: أفسد ما شرع فيه مع الإمام، (ثُمَّ اِقْتَدَى بِهِ فِيهِ) أي: بالإمام فيما أفسده (يُنَوِي قَضَاءَهُ) أي: قضاء ما لزمه بالشروع (أَجْرُنَاهُ عَنْهُ) أي: أجزنا اقتدائه عن قضاء ما لزمه. وقال زفر: لا يجوز.

قيد بقوله: «فأفسده»؛ لأنه لو أفسد نفلاً شرع فيه وحده، ثم اقتدى بمفترض ينوي قضاء ذلك لا يصح الاقتداء اتفاقاً. وقيد بقوله: «فيه»؛ لأنه لو اقتدى به بعد فراغه وشروعه في فرض آخر ينوي قضاء ذلك لا يصح الاقتداء اتفاقاً له: أن قضاء ما أفسده واجب عليه، فلا يجوز الاقتداء فيه بمفترض، كما لم يجز اقتداء مفترض بمفترض آخر. ولنا: أن الصلاة التي أتى بها قضاء عين تلك الصلاة التي التزمها بالشروع الأول، فلا يكون هذا كالاقتداء بين فرضين متغايرين حقيقة وحكمًا.

(وَلَوْ حَصَلَ) الاقتداء (فِي خَامِسَةٍ قَامَ إِلَيْهَا يُلْزِمُهُ بِالتَّلْفِ، وَأُقْتَى بِالْكَفْرِ) يعني: من صلى الظهر خمساً ساهياً، وقعد في الرابعة، فاقتدى به إنسان في هذه الحالة يلزمه ركعتان عند أبي يوسف، وست ركعات عند محمد. ولا بد من القعود قدر التشهد؛ لأنه لو لم يقعد لا يتأتى قول محمد؛ لبطان أصل الصلاة ببطان فرضيته، وكان على المصنف أن ينبه عليه. اعلم: أن الخلاف هكذا مذكور في «المنظومة». وذكر في «الهداية» و«خلاصة الفتاوى»: أن هذا الخلاف بين محمد وصاحبيه.

لأبي يوسف: أنه اقتدى به في النفل بعد ما خرج من الفرض بإتمامه، فلا يلزمه غير هذا الشفع. ولمحمد: أنه شرع في تحريمة الإمام، فيلزمه ما أدى الإمام بها. (فَلَوْ أَفْسَدَ) المقتدي المذكور (صَلَاةَ نَفْسِهِ) وهي ما شرع فيه مع الإمام (يُلْزِمُهُ بِقَضَاءِ تَنْتَيْنِ) أي: أبو يوسف قضاء ركعتين.

(وَمَنْعَهُ) أي: محمد قضاءها (مُطْلَقًا) أي: تنتين كانت أو أكثر؛ لأن هذه الصلاة غير مضمونة في حق الإمام؛ لأنه لو أفسد الخامسة لا يلزمه قضاء ركعتين. فلو صارت مضمونة في حق المقتدي، لصار بمنزلة اقتداء المفترض بالمتنفل، وهو باطل. ولأبي يوسف: أن الضمان سقط في حق الإمام بسبب عارض، وهو شروعه ساهياً على عزم أنه يسقط الواجب عنه، ولا كذلك المقتدي؛ لأنه عامد في الشروع، وملتمزم للأداء، فيلزمه. (وَلَوْ جَمَعَ) في وقت شروع الصلاة (نِيَّةَ فَرَضٍ وَنَفْلٍ يُرْجَحُ الْفَرَضَ) أي: يرجح أبو يوسف نية الفرض؛ لأن الفرض أقوى، فلا يعارضه الأدنى، فيلغو نية النفل.

(وَأَبْطَلَهَا) أي: محمد صلاته؛ لأنها لا يمكن أن يتصف بالوصفين لتنافيهما، ولا بأحدهما عيناً لعدم التعيين، ولا بعضهما بأحدهما، وبعضها بالآخر؛ لأنها لا تقبل التجزئ بهذا الاعتبار، فيبطل أصل الصلاة، (أَوْ نَذَرَ رَكَعَتَيْنِ بغير طَهْرٍ يُلْزِمُهُ بِهِمَا) أي: أبو يوسف بركتين (بِطَهْرٍ)؛ لأن النادر لما ألزم عليه ركعتين ألزمهما بطهارة؛ لأن الصلاة لا تكون إلا بها. وقوله بعده بغير طهر يكون رجوعاً عما التزمه، فلا يصح.

(وَأَهْدَرَهُ) أي: قال محمد: لا يلزمه شيء؛ لأنه نذر بمعصية، والنذر بما ليس بقربة غير صحيح، (أَوْ بغير قِرَاءَةٍ) يعني: لو نذر أن يصلي ركعتين بلا قراءة فيهما، (أَوْ رَكَعَةً أَوْ ثَلَاثًا) يعني: لو نذر أن يصلي ركعة واحدة، أو نذر أن يصلي ثلاث ركعات، (حَكْمًا بِهَا) أي: ألزمناه ركعتين بقراءة، (وَبِشْتَيْنِ) أي: أمرناه بركتين في صورة نذره ركعة، (وَأَرْبَعٍ) أي: بأربع ركعات في صورة نذره ثلاثاً (لَا بِالْإِهْدَارِ فِيهِمَا وَبِشْفَعٍ) يعني: قال زفر: لا يلزمه شيء في الصورة الأولى والثانية؛ لأن الصلاة بلا قراءة، والركعة الواحدة غير قربة، فلا يصح نذره، وفي الصورة الثالثة يلزمه ركعتان؛ لأنه نذر بشفع وركعة زائدة عليه، فيصح الأول، ويلغو الزيادة. ولنا: أن التزام شيء التزام بما لا صحة له إلا به، فصار كأنه نذر أن يصلي بقراءة وركعتين وأربعمائة؛ لأن الصلاة غير صحيحة ما لم تكن شفعاً وبقراءة إلا أن محمداً احتاج إلى الفرق بين التزام الصلاة بغير طهارة، [38و] والتزام صلاة بغير قراءة، حيث أهدر الأول دون الثاني.

والفرق أن الصلاة بغير طهارة ليست بعبادة، فلم يصح نذرًا للصلاة. وأما الصلاة بغير قراءة عبادة، كذا في «التجنيس». (أَوْ فِي مَكَانٍ كَذَا، فَأَدَّاهَا فِي أَقَلِّ مِنْ شَرَفِهِ أَجْرُنَاهَا) يعني: إذا نذر أن يصلي في مكان شريف كالمسجد الحرام مثلاً، وصلى في مكان أقل منه شرفاً: جاز عندنا. وقال زفر: لا يجوز. وكذا الصوم والصدقة.

اعلم: أن أفضل الأماكن: المسجد الحرام، ثم مسجد النبي صلى الله عليه وسلم، ثم مسجد بيت المقدس، ثم الجامع، ثم مسجد الحي، ثم البيت، كذا في «المصفي».

له: قوله تعالى: ﴿وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدْتُمْ﴾ [النحل، 91/16]، فيجب عليه الإتيان بما قيّد به. ولنا: أن تخصيص العبد عبادته بمكان لغو. وإنما يعتبر التخصيص إذا كان من قبيل الله تعالى، فيبقى النذر مطلقاً، فيصلي أين شاء.

(وَلَوْ نَذَرْتَ عِبَادَةَ فِي غَدٍ، فَحَاصَتْ فِيهِ: أَلْزَمْنَاهَا بِقَضَائِهَا). وقال زفر: لا يلزمها قضاؤها. قيد بـ«الغد»؛ لأنه لو قالت: عليّ أن أصلي كذا يوم حيضي لا يلزمها شيء اتفاقاً. له: أنها أضافت العبادة إلى يوم لم يصلح لفعل المندور، فلا يجوز، كما لو قالت: يوم حيضي. ولنا: أن الغد في ذاته قابل للأداء فيه، فصرف عنه مانع سماوي، فيجب قضاؤها، بخلاف قولها يوم حيضي؛ لأنه بمقارنته ما ينافي المندور لم يصير صالحاً له، فلم يجب. (وَيَجُوزُ أَنْ يَتَنَفَّلَ الْقَادِرُ عَلَى الْقِيَامِ قَاعِدًا) بلا كراهة في الأصح؛ لما روي: «أنه صلى الله عليه وسلم كان يصلي ركعتين بعد الوتر قاعداً بلا عذر».

قيد بـ«التنفل»؛ لأن القادر على القيام لا يجوز أن يفترض قاعداً. اختلفوا في كيفية القعود في غير حالة التشهد؟ عن أبي حنيفة: أنه يقعد كيف يشاء؛ لأنه لما جاز له ترك أصل القيام، فترك صفة القعود أولى جوازاً. وعن محمد: أنه يترعب؛ لأنه أعدل. وعن أبي يوسف: أنه يحتبى؛ لأن عامة صلاة النبي صلى الله عليه وسلم في آخر عمره كانت بالاحتباء.¹ وعن زفر: أنه يقعد كما يقعد في التشهد، وهذا هو المختار؛ لأنه عهد مشروعاً في الصلاة. (وَكَلَدًا) الجار والمجرور خبر مبتدأ محذوف، تقديره: قعود المتنفل من غير عذر جائز عند أبي حنيفة، كما سبق (بِعَدِّهِ) أي: بعد شروعه في الصلاة بالقيام. وقالوا: لا يجوز؛ لأن الشروع قائماً ملزم للقيام، كما لو نذر أن يصلي قائماً وضع في القعود بعد الشروع قائماً؛ لأن افتتاح النفل قاعداً من غير عذر جائز اتفاقاً، من «الحقائق». وله: أن ابتداء النفل قاعداً جائز، فبقاؤه أولى؛ لأنه أسهل من الابتداء. والجواب عنهما: أن النذر بالصلاة قائماً ملزم لذاته؛ لأنه التزم القيام نصّاً، والشروع ليس ملزماً لذاته؛ بل لصيانة المؤدى، وهي لا تحتاج إلى القيام، فأشبهه النذر بالحج ماشياً، فإنه ملزم للمشى، حتى لو تركه لزمه دم. ولو شرع في الحج ماشياً لا يلزمه المشى. (وَأَدَاءُ الْفَرَضِ قَاعِدًا) مع القدرة على القيام (فِي مَرْكَبٍ جَارٍ) أي: سفينة جارية (بِغَيْرِ عُدْرٍ: جَائِزٌ) عند أبي حنيفة مع الإساءة. وقالوا: لا يجوز. أراد بالأداء قاعداً أن يكون بالركوع والسجود؛ لأن الأداء بالإيماء غير جائز اتفاقاً فرضاً كان أو نفلًا. وقيد بـ«الفرض»؛ لأن أداء النفل قاعداً يجوز اتفاقاً. وقيد بـ«المركب»؛ لأن أداء الفرض على الدابة لا يجوز اتفاقاً. وقيد بقوله: «جار»؛ لأن المركب لو كان موقوفاً لا يجوز اتفاقاً. وإن كان مربوطاً، فإن حركة الريح تحريكاً، فهو كالجاري وإلا فكالواقف، كذا في «الغاية».

وقيد بقوله: «من غير عذر»؛ لأنه لو كان بحال يدور رأسه يجوز اتفاقاً. له: أن الغالب دوران الرأس في السفينة الجارية، فصارت الضرورة باعتبار الغالب كالمتحققة. ولهما: أن القيام ركن، فلا يسقط إلا بعذر متحقق. (وَيَوْمِي الْمُنْتَفِلُ) بلا عذر، سواء كان مسافراً أو مقيماً (عَلَى دَابَّتِهِ). لفظ المتنفل متناول لمن يصلي السنن الرواتب، فإنها جائزة على الدابة. وعن أبي حنيفة: أنه لا يجوز كسنة الفجر؛ لأنها أكد. قيد به؛ لأن المفترض لا يجوز له الإيماء على الدابة إلا بعذر، كما إذا كان دابته جموحاً، بحيث لو نزل لا يمكنه الركوب، أو خاف من العدو، أو لم يجد موضعاً يابساً للصلاة ونحوها، ولا يلزمه الإعادة إذا قدر.

¹ لم نجد في كتب الحديث إلا في مجمع الأنهر لشيخنا زاده، 135/1.

وفي «الخانية»: إذا صلى على الدابة لعذر إن لم يقدر على إيقافها يجوز الإيماء عليها وإن¹ كانت تسير، وإن قدر لا يجوز لاختلاف المكان بسيرها.

وفي «القنية»: إذا سيرها راكبها لا يجزئه الفرض ولا التطوع.

وقيد بـ«الدابة»؛ لأن التنفل بالإيماء لا يجوز للماشي والسابح في البحر، ولا يمنع عن الصلاة ما في موضع جلوسه، أو في ركابته من النجاسة عند الأكثرين؛ لأن اعتبار الأركان إذا سقط فطهارة المكان أولى؛ لكن لا يلزم منه جوازه بلا وضوء؛ لأن الركوع والسجود له خَلْفٌ، وهو الإيماء، والوضوء لا خَلْفَ له، ولا يلزم من سقوط الشيء إلى خلف سقوط ما لا خلف له. وأما العجلة فكالدابة إن كان طرفها على الدابة تسير أو لا، وإن لم يكن [38ظ] فكالسريير.

(خَارِجُ الْمِصْرِ) قَدَرَ الْمِيلَ. وقيل: قدر فرسخين، والأصح أنه جائز في موضع يجوز للمسافر الخارج أن يقصر فيه (كَيْفَ تَوَجَّهْتَ)؛ لما روي: «أنه صلى الله عليه وسلم كان يصلي على حمار، وهو متوجه إلى خيبر يومئذ إيماء»².

(وَيُجِزُهُ فِيهِ) أي: يجيز أبو يوسف الإيماء في المصمر، سواء افتتح الصلاة مستقبل القبلة أو مستدبراً لها، من «المحيط»؛ اعتباراً بالخارج، ولما روي: «أنه صلى الله عليه وسلم كان راكباً على الحمار في المدينة يومئذ»³. وقالوا: لا يجوز؛ لأن جوازه ورد على الدابة خارج المصمر، بخلاف القياس، فلا يقاس عليه غيره، وما رواه شاذ.

(وَيَمْنَعُ الْبِنَاءَ بَعْدَ التَّزْوِيلِ) يعني: إذا صلى ركعة بالإيماء راكباً، ثم نزل لا يجوز أن يبني عليها صلواته عند أبي يوسف وقالوا:

يجوز.

له: أن المؤدى بركوع وسجود أقوى منه بالإيماء، ولا يجوز بناء الأقوى على الأضعف، كما لم يجز بناء المريض المومئ إذ زال عذره.

ولهما: أن إيماء الراكب كركوعه وسجوده في القوة، وليس خلفاً عنه، ولهذا جاز ابتداءه بالإيماء مع قدرته على النزول، بخلاف المريض، فإن إيماءه خلف.

قيد بقوله: «بعد النزول»؛ لأنه لو صلى ركعة نازلاً لا يبني بعد الركوب اتفاقاً⁴؛ لأن إحرام النازل انعقد موجباً للركوع والسجود، فلا يجوز البناء عليه بالإيماء. وأما إحرام الراكب فمعتقد على التخيير بين أن ينزل ويتم بالركوع والسجود، وبين أن يومئ على الدابة، فللهذا أجاز البناء عليه.

(فصل) في سجود السهو

(إِذَا سَهًا) المصلي (بِنَقْصِ) كائن بترك ما وجب فعله في الصلاة، (أَوْ زِيَادَةً) أي: زيادة فعل من أفعال الصلاة واقع في غيره محله، أو مستلزم لترك ما وجب. وتلك الزيادة نقصان، فيتفرع عليها مسائل:

منها: إذا قرأ في الركوع، أو السجود، أو القومة، أو القعود: فعليه السهو؛ لأنه ليس بموضع القراءة. وكذا لو كرر الفاتحة في الأوليين، أو سكت بعدها مقدار ركن؛ ليختار سورة؛ لأنه أحرَّ واجباً، وهو السورة.

ومنهما: لو كرر الفاتحة في الآخرين لا سهو عليه؛ لأن الشفع الثاني موضع القراءة. وكذا لو تشهد في قيامه أو ركوعه أو سجوده؛ لأن هذه المواضع محل النشاء.

وعن محمد: لو تشهد في قيامه بعد الفاتحة، فعليه السهو؛ لأنه بالتشهد آخر الواجب، وهو السورة، وهذا أصح.

ومنهما: لو كرر التشهد في القعدة الأولى، أو زاد على التشهد الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم، فعليه السهو؛ لأنه آخر ركناً، وهو القيام إلى الثالثة. ولو كرر في القعدة الثانية لا سهو عليه؛ لأنها محل الذكر.

والضابط: أن سجدة السهو واجبة بترك الواجب لا غير؛ لأن تأخير ركن، أو تقديمه، أو تكراره، أو ترك الترتيب كلها داخل

فيه.

¹ وفي هامش ح: وصل.

² صحيح مسلم، صلاة المسافرين 35؛ سنن أبي داود، السفر 8، وليس فيهما ذكر الإيماء؛ المعجم الكبير للطبراني، 335/12.

³ لم نجده مرفوعاً، وروي من فعل ابن عمر، انظر: مصنف ابن أبي شيبة، 495/2.

⁴ ح: عندهما.

(سَلَّمَ، ثُمَّ سَجَدَ سَجْدَتَيْنِ، ثُمَّ تَشَهَّدَ وَسَلَّمَ) وهذه إخبار بمعنى الأمر، فيفيد الوجوب، (وَجَعَلَ السَّلَامَ الْأَوَّلَ) أي: محمد سلام الصلاة (مَرَّةً عَنْ يَمِينِهِ)؛ لأن الحاجة إليه؛ ليفصل بين الأصل والزيادة الملحقة به، وهو يحصل بتسليمه واحدة، (وَهُمَا تَنْتَيْنِ)؛ لما روي: «أنه صلى الله عليه وسلم قال: لكل سهو سجدة بعد السلام»¹، والمتعارف منه ما يكون من الجانبين، فيحمل عليه.

فيل: المختار للإمام قول محمد؛ لأن الجماعة إذا سلمت تنتين ربما يشتغل بعضهم بما ينافي الصلاة، وللمنفرد قولهما. (وَالدُّعَاءُ) أي: جعل محمد الدعاء (فِي التَّشَهُدِ الثَّانِي) أي: بعد تشهد قعدة السهو، (وَهُمَا فِي الْأَوَّلِ) أي: في تشهد الصلاة قبل السلام. وهذا الخلاف مبني على أن سلام من عليه سجدة السهو يخرج من الصلاة عندهما، فيأتيه في الأول. وعنده: لا يخرج في الثاني، وصاحب «الهداية» اختار قول محمد؛ لأن الدعاء مشروع بعد الفراغ، ولا فراغ قبل الجَبْرِ. (وَأَتَانِي بِالسَّلَامِ الْفَاصِلِ) يعني: تأمر الساهي بأن يسلم، فيسجد، ويأمر الشافعي بأن يسجد، فيسلم؛ لما روي: «أنه صلى الله عليه وسلم سجد للسهو قبل السلام»².

لنا: قوله صلى الله عليه وسلم: «لكل سهو سجدة بعد السلام»³. قال صاحب «الهداية»: هذا الخلاف في الأولوية، وهو ظاهر الرواية. وفي «النوار»: أنه في الجواز، يعني: إذا سجد للسهو قبل السلام لا يجزئه عندنا، فعليه الإعادة خلافاً له. (وَلَمْ يُقَيِّدُوهُ بِالزِّيَادَةِ) يعني: إتيان سجدة السهو بعد السلام غير مقيد عندنا بأن يكون السهو بالزيادة. وقال مالك: إن كان السهو عن زيادة يسجد بعد السلام، وإن كان عن نقصان يسجد قبل السلام. الضابط فيه: أن يأخذ القاف مع القاف، والدال مع الدال. له: أن السجدة واجبة في الزيادة لرغم الشيطان، فيكون بعد الفراغ، وفي النقصان للجبر، فيقدم على السلام؛ ليقع الجابر في موضع النقص.

لنا: ما روينا حكي أن أبا يوسف سأل مالكا عند هارون الرشيد في المسألة هذه؟ وقال ما قولك؟ لو وقع النقص والزيادة جميعاً، فسكت مالك، فقال أبو يوسف: الشيخ تارة يخطئ، وتارة لا يصيب، فقال مالك: على هذا أدركنا مشايخنا، فظن أن أبا يوسف قال: الشيخ تارة يخطئ وتارة يصيب. (وَلَمْ يُوجِبُوا السُّجُودَ بِتَرْكِ ثَلَاثِ تَكْبِيرَاتٍ مِنْ أُمَّتَانِهَا) وقال [39] مالك: يجب؛ لأنه ذكر مقصود في الصلاة، فأشبهه القنوت، والثلاث جمع صحيح.

لنا: أن التكبيرات في خلال الصلاة سنة، والقنوت واجب، والسجدة تجب لترك الواجب لا السنة. (وَتَجِبُ بِجَهْرٍ وَإِخْفَاتٍ فِي غَيْرِ مَحَلَّيْهَا) أي: يجهر في موضع المخافة، وبمخافة في موضع الجهر، والإضافة في محلها للاختصاص. وذلك إنما يحصل إذا كان كل من الجهر والإخفات واجباً في محله. وذلك موجود في حق الإمام دون المنفرد، ولأنه مخير بين الجهر والإخفات فيما يجهر به (بِقَدْرِ الْفَرْضِ) أي: بقدر ما يجوز به الصلاة، (وَتَرُكُ قُنُوتٍ) ولو تذكر في الركوع أنه ترك القنوت يعود إلى القيام، ويقرأه في رواية عن أبي حنيفة، ويسجد للسهو (وَتَشَهُدٍ) أي: بترك تشهد في القعدة الأولى أو الثانية، سواء ترك كله أو بعضه، (وَتَكْبِيرَاتٍ عِيدٍ)، سواء ترك جميعها، أو واحدة منها.

قيد بـ«تكبيرات عيد»؛ لأن السجود لا يجب بترك تكبيرات الانتقال، إلا أنهم قالوا: لو ترك تكبيرة الركوع الثاني من صلاة العيد، فعليه السجدة؛ لأنها واجبة تبعاً لتكبيرات العيد، بخلاف تكبيرة الركوع الأول؛ لأنها ليست ملحقة بها. وفي «الخانية»: قالوا: لا يسجد للسهو في العيدين والجمعة؛ كيلا يقع الناس في الفتنة. (وَالْفَاتِحَةَ) أراد به تركها في الأوليين؛ لأنه لو تركها في الآخرين لا سهو عليه إنما وجب السجدة بترك هذه المذكورات؛ لأنها واجبات.

(وَيُنْتَبِهُ الْمُؤْتَمُّ فِيهِ الْإِمَامَ وَجُوبًا وَأَدَاءً) يعني: إذا سها الإمام ووجب عليه السجدة وجب على المؤتم أيضاً؛ لأنه تابعه، ولهذا لو نوى الإمام الإقامة لزم المؤتم حكمها وإن¹ لم ينوها، ثم إن سجد الإمام تابعه، وإلا فلا لئلا يصير مخالفاً لإمامه.

¹ سنن أبي داود الصلاة: 194-195؛ مسند أحمد بن حنبل، 280/5.

² سنن الترمذي، الصلاة: 290.

³ سنن أبي داود الصلاة: 194-195؛ مسند أحمد بن حنبل، 280/5.

ولو كان مسبوقة لا يسلم مع الإمام؛ بل ينتظر، فإذا سجد سجد معه، ثم يقوم إلى قضاء ما سبق به، وإن لم يسجد مع الإمام يجب عليه قضاء سجود السهو في آخر صلاته استحساناً، كذا في «تحفة الفقهاء».

ولو سلم المسبوق إن كان عامداً يفسد صلاته، وإن كان ساهياً إن سلم مع الإمام لا يلزمه السجود؛ لأنه مقتد به، وإن سلم بعده يلزمه؛ لأنه منفرد، فلو قام المسبوق إلى القضاء، ثم تذكر الإمام سهوه، فسجد فعليه أن يعود إن لم يقيد الركعة بالسجدة، كذا في «النوادر».

(لَا عَكْسًا) أي: لا يكون التبع منعكسًا كما إذا سها المؤتم لا يتابعه الإمام إن سجد؛ لأنه متبوع، فلا يكون تابعًا، ولا يسجد المؤتم أيضًا؛ لأنه لو سجد وحده يكون مخالفاً لإمامه، وذا منافٍ للاقتداء.

(وَيُعْتَبَرُ الْقُرْبُ فِي الرَّجُوعِ، وَالْقِيَامُ فِي الْجَلْسَةِ الْأُولَى) يعني: من فات عنه القعدة الأولى سهواً، فإن كان إلى القعود أقرب يقعد، ولا يسجد، وذلك بأن يرفع أليته من الأرض، وركبته عليها، كذا روي عن أبي يوسف، واستحسنه مشايخنا.

وقيل: بأن لم ينتصب النصف الأسفل، وإن كان إلى القيام أقرب يقوم ويسجد للسهو.

وفي ظاهر الرواية: إن لم يستو قائماً يعود، وإن استوى قائماً لا؛ لأنه اشتغل بغرض القيام، فلا يترك الفرض للواجب.

(وَيَجِبُ الرَّجُوعُ إِلَى الْأَخِيرَةِ مَا لَمْ تَنْعَقِدِ الْخَامِسَةَ بِسَجْدَةٍ)؛ لأن ما دون الركعة غير معتبر، والقعدة الأخيرة فرض، وفي

الرجوع إصلاح صلاته.

(فَإِذَا انْعَقَدَتْ صَارَتْ صَلَاتُهُ نَافِلَةً)؛ لأنه استحکم شروعه في النفل قبل إتمام الفرض، فيتحول فرضه نفلاً، وهذا عندهما.

وأما عند محمد فلا يتحول نفلاً؛ لأن بطلان وصف الفرضية يُبطل أصل الصلاة عنده، وإذا بطلت عنده لا يضيف إلى الخامسة ركعة أخرى. وهل يسجد للسهو عندهما، فالأصح أنه لا يسجد؛ لأن النقصان بفساد الفرضية لا يجبر بالسجود.

(وَيُضْمُ سَادِسَةً) حتى يصير متنفلاً بست ركعات؛ لأن النفل شرعاً شافعاً (وإن قعد) القعدة الأخيرة قدر التشهد، (ثُمَّ قَامَ إِلَى

الْخَامِسَةِ) يظنها القعدة الأولى (رَجَعَ) إلى القعود؛ ليسلم؛ لأن التسليم حال القيام غير مشروع، (فَإِنْ انْعَقَدَتْ) أي: الخامسة بسجدة

(ضَمَّ أُخْرَى) أي: ركعة أخرى إلى الخامسة التبتة، (فَتَمَّ الْفَرْضُ)؛ لأن الفائت عنه إصابة لفظ السلام في الأخيرة، وهو ليس بفرض عندنا، فيسجد للسهو؛ لتمكّن النقصان فيه بتأخير السلام، (وَتَعَيَّنَتْ نَفْلًا).

قيل: هاتان الركعتان في الظهر تنوبان عن سنته؛ لكن الصحيح أنهما لا تنوبان عنها² لأن السنة لا يتأدى بما هو مظنون،

قالوا: إذا صلى في الفجر والعصر بعد القعدة الأخيرة ركعة ساهياً لا يضم إليها أخرى لكرهه التنفل بعدهما، والأصح أنه يضم إليها؛ لأن المنهي هو التنفل المقصود، وهذا لم يشرع بالمقصد.

(وَيَسْجُدُ لِرُجُوعِهِ فِي الثَّانِيَةِ) أي: في المسألة الثانية، وهو رجوعه إلى الأخيرة يفهم منه أنه إذا لم يرجع إليها لا يسجد؛ لما

مر من أن النقصان بالفساد لا يجبر بالسجود، وكذا في «الغاية».

(وَقِيَامِهِ فِي الْأُولَى) أي: في المسألة الأولى [39ظ] بتركة القعدة الأولى، حتى لو قعد لا يجب عليه السجدة، وفيه دفع لما

قيل: تجب السجدة إذا رجع إلى القعود؛ لأنه بقدر ما اشتغل بالقيام أحرَّ واجباً، والأول أصح؛ لأنه ما دام إلى القعود أقرب صار في حكم القاعد.

(وَيُبْطَلُهَا شَكٌّ) في أنه كم صلى (مُعْتَرِضٌ) في صلاته. أراد به: أن لا تكون عروض الشك له عادة بقرينة قوله: «فيما بعده»

فإن كثير، فحينئذ يستأنف الصلاة لقوله صلى الله عليه وسلم: «إذا شك أحدكم في صلاته أنه كم صلى، فليستقبل الصلاة».

(فَإِنْ كَثُرَ) عروض الشك له (وَلَهُ ظَنٌّ تَحَرَّى) أي: طلب الأخرى، وأخذ بأكبر رأيه، لقوله صلى الله عليه وسلم: «من شك

في صلاته، فليتحرك الصواب»، وهذا محمول على من كثر سهوه، والحديث الأول على من لم يكثر توفيقاً بينهما، (وَالْأَيُّ) أي: إن لم

يكن له ظن (أَخَذَ بِالْيَقِينِ) وهو الأقل، لقوله صلى الله عليه وسلم: «من شك في صلاته، فليأخذ بالأقل». مثلاً: إذا شك في صلاة

الفجر أنه صلى ركعة أو ركعتين بنى على ركعة، ويقعد قدر التشهد، لاحتمال أنه صلى ركعتين، ويضم إليها أخرى لاحتمال أنه صلى ركعة.

¹ وفي هامش ح: وصل.

² ح: عنهما.

وإذا شك في الأربع أنها الأولى، أو الثانية، أو الثالثة، أو الرابعة فقد قدر التشهد لاحتمال أنه صلى أربعاً، ثم صلى أربع ركعات يقعد في كل ركعة قدر التشهد؛ لما ذكرنا من الاحتمال، كذا في «التبيين».

وإذا شك في الأربع أنها الأولى أم الثانية ولم يقع تحريره على شيء يجعلها الأولى ويقعد ثم يقوم، فيصلي ركعة أخرى، ويقعد ثم يقوم، فيصلي ركعة أخرى، ويقعد، ثم يقوم، فيصلي ركعة أخرى، كذا في «الخلاصة».

وإن شك أنه صلى الصلاة أم لا، فإن كان ذلك في الوقت، فالظاهر أنه لم يصلها، وإن كان بعده، فالظاهر أنه أداها. وكذا إذا شك أنه ركع في صلاته أم لا، فإن كان في الصلاة يأتي به، وإن كان بعد خروجه منها، فالظاهر أنه أتاه.

فصل في صلاة المريض

(يَقْعُدُ الْمَرِيضُ لِتَعَدُّرِ الْقِيَامِ). وفي «الخاتبة»: لم يرد به أن لا يمكنه القيام أصلاً بأن يكون مقعداً؛ بل من خاف إبطاء البرء، أو زيادة المرض، أو دوران رأسه، أو وجد في القيام ألماً شديداً يكون متعذراً قيامه، والأصح أنه يقعد كيف شاء. ولو قدر على القيام متكئاً يقوم ويتكئ. وله قدر على بعض القيام بأن قدر على التكبير قائماً يوماً بما قدر عليه، ثم يقعد.

(وَأَمْرُهُ بِالاسْتِئْذَانِ) بأن يستلقي على قفاه في صلاته، ورجلاه إلى القبلة، قيل: ينبغي أن ينصب ركبتيه إن قدر عليه، حتى لا يمد رجله إلى القبلة، وينبغي أن يوضع تحت رأسه وسادة ليمكنه الإيماء؛ (لِتَعَدُّرِهِ) أي: لتعذر القعود (لَا عَلَى الْجَنْبِ). يعني: قال الشافعي: يصلي المريض على جنبه الأيمن، لقوله صلى الله عليه وسلم لعمران بن الحصين: «صل قائماً، فإن لم تستطع فقاعداً، فإن لم تستطع، فعلى الجنب تومئ إيماء».¹

لنا: قوله صلى الله عليه وسلم لعبد الله بن عمر: «فإن لم تستطع قاعداً، فعلى قفاك تومئ إيماء».²

(وَلَوْ فَعَلَ جَازٌ) يعني: لو صلى على الجنب جاز؛ لورود الرواية فيه أيضاً، فعلم أن الخلاف في الأفضلية؛ لكن فيما قلنا يقع الإيماء إلى هواء الكعبة، وفيما قاله إلى جانب قدميه، فما قلناه يكون أولى.

(وَيَوْمِي بِرَأْسِهِ، وَيَجْعَلُ السُّجُودَ أَحْفَظَ) من الركوع؛ لأن الإيماء بهما قائم مقامهما، فيأخذ حكمهما، (وَلَا يَرْفَعُ شَيْئاً إِلَى وَجْهِهِ). ولو رفعه فسجد عليه إن وجد فيه إيماء يجوز بالإيماء لا بوضع الرأس، وإلا فلا؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «أوم برأسك».³ (وَيُؤَخِّرُ) الصلاة عنه المريض (لِلْعَجْزِ عَنْهُ) أي: عن الإيماء بالرأس. وفيه إشارة إلى أن الفرض لا يسقط عنه، حتى لو صح يجب عليه قضاء ما فاته، وهو مختار صاحب «الهداية».

وقيل: إن زاد عجزه على يوم وليلة لا يلزمه القضاء، وإن كان أقل يلزمه، كما في الإغماء، وهو مختار شيخ الإسلام وفخر الإسلام، وغيرهما.

(وَأَلْعَيْنَاهُ) أي: الإيماء (بِالْقَلْبِ، وَالْعَيْنِ، وَالْحَاظِ) إذا عجز عن الإيماء بالرأس. وقال زفر: يومئ بحاجبيه لقرنه من الرأس وإن عجز فبعينيه؛ لأنهما في الرأس، فيأخذان حكمه، وإن عجز فبقلبه؛ لأن النية التي لا يصح الصلاة بدونها إنما تقام به، فتقام به الصلاة عند العجز.

لنا: أن نصب الأبدال بالرأي ممنوع، والنص ورد بالإيماء بالرأس على خلاف القياس، فلا يقاس عليه غيره.

(وَلَا يَلْزَمُ الْقِيَامَ لِلْعَجْزِ عَنِ الرُّكُوعِ وَالسُّجُودِ)؛ لأن ركنية القيام لكونه وسيلة إلى السجود الذي هو نهاية التعظيم، فيسقط الوسيلة بسقوط الأصل، (فَيَوْمِي بِهِمَا قَاعِداً). ولو أومئ بهما قائماً جاز؛ لكن الأفضل هو الإيماء قاعداً لكون رأسه فيه أقرب إلى الأرض. قال شيخ الإسلام: يومئ بالركوع قائماً، وفي السجود قاعداً.

(وَيُتِمُّ إِنْ عَرَّضَ مَرَضٌ بِحَسْبِهِ) يعني: إذا صلى بعض صلاته صحيحاً، ثم مرض فيها يبني عليه بحسب مرضه بأن يتمها قاعداً، وإن عجز عنه، فمومئاً على ما مر؛ لأنه إذا بنى كان بعض صلاته كاملة، وبعضها ناقصة. وإذا استقبل كان كلها ناقصة، فالبناء يكون أولى.

وفي «المحيط»: لو قضى المريض ما فاتته في الصحة جاز؛ لأن وقت القضاء موسع، والمعتبر حال شروعه.

¹ صحيح البخاري، تفسير الصلاة 19؛ سنن الترمذي، الصلاة 247.

² المعجم الكبير للطبراني، 269/12 بمعناه وليس فيه ذكر القفا.

³ لم نجد هذا اللفظ في كتب الحديث، أخرجه السرخسي في المبسوط (217/1) بها. وفي المعجم الكبير للطبراني، 269/12 بمعناه.

(أَوْ صِحَّةً عَلَى مُؤْمِيِ اسْتَأْنَفَ) يعني: إذا كان مصليًا بإيماء، وعرض عليه صحة بأن قدر على الركوع والسجود استأنف [40] صلته؛ لأن بناء الأقوى على الأضعف غير جائز.

وفي «جوامع الفقه»: لو افتتحها بالإيماء، ثم صح قبل أن يركع ويسجد جاز له أن يتمها، بخلاف ما بعد الركوع والسجود. قوله: «أو صحة» معطوف على «مرض». ولو قال: «وإن عرض مرض يتم بحسبه، أو صحة على مؤمئ استأنف»، لكان أظهر.

(أَوْ عَلَى قَاعِدِ حَكَمَ بِهِ) يعني: إن عرض صحة على من يصلي قاعدًا، فقدر على القيام. قال محمد: يستأنف الصلاة، وقال: بيني؛ لأن اقتداء القائم بالقاعد جائز عندهما، فجاز البناء، وغير جائز عنده، فلم يجز البناء، وقد مر بيانه في فصل الإمامة. (وَلَوْ اسْتَوْعَبَ الْإِعْمَاءُ وَقَتَ الصَّلَاةِ نُوجِبَ قَضَاءَهَا) وقال الشافعي: لا يجب؛ لأن الخطاب ساقط عنه لعجزه عن الفهم كالمجنون.

لنا ما روي: «أن عليًا أغمي عليه أربع صلوات، فقضاها»، والجنون كالإغماء عندنا في الأصح. (وَالْإِعْتِبَارُ فِي عَدَمِ لُزُومِهِ) أي: لزوم القضاء (بِزِيَادَةِ زَمَانِهِ) أي: زمان الإغماء. والجار والمجرور خبر المبتدأ (عَلَى سَاعَاتِ يَوْمٍ وَوَلِيْلَةٍ) يعني: إذا زاد الإغماء على يوم وليلة بزمان يسير يسقط عنه قضاء الصلاة عند أبي حنيفة؛ لأن اعتبار الزيادة هكذا مأثور عن علي وابن عمر رضي الله عنهما، والمقادير إنما يعرف سماعًا، (لَا عَلَى أَوْقَاتِ خُمْسِ صَلَوَاتٍ يَوْفَتْ سَادِسَةً) أي: صلاة سادسة. يعني: قال محمد: لا يسقط عنه ما لم يستوعب الإغماء أوقات ست صلوات؛ لأن الحرج المسقط للقضاء يحصل بالكثرة، وهي تحصل بالتكرار، وهو في الحقيقة يحصل بمضي الوقت السادس. قيد بـ«زمان الإغماء»؛ لأنه لو نام أكثر من يوم وليلة يلزمه القضاء اتفاقًا؛ لأنه مما لا يمتد يومًا وليلة غالبًا، فلا حرج في قضاؤه.

ثمرة الخلاف تظهر فيمن أغمي عليه عند الضحوة، فأفاق من الغد قبيل الزوال، فعند أبي حنيفة: لا يجب القضاء. وعند محمد: يجب ما لم يمتد الإغماء إلى خروج وقت الظهر. اعلم: أن الإغماء لو لم يستوعب هذه المدة، ووجد فيها إفاقة؛ فإن كان لها وقت معلوم، نحو: أن يفيق وقت الصباح قليلًا، ثم يعاوده يعتبر هذه الإفاقة، ويبطل حكم ما قبلها من الإغماء، وإن لم يكن لها وقت معلوم؛ لكنه يفيق بَعَثَةً، ويتكلم بكلام الأصحاء، ثم أغمي عليه، فلا يعتبر تلك الإفاقة. ولو أغمي عليه بفرع لا يجب القضاء عليه اتفاقًا؛ لأن الخوف سبب لضعف قلبه، وهو مرض لا إغماء، كذا في «التبيين».

وذكر في «المحيط»: لو حصل الإغماء بما هو معصية كشراب الخمر أكثر من يوم وليلة لا يسقط عنه القضاء اتفاقًا. ولو حصل بالبنج، قال محمد: يسقط؛ لأنه حصل بما هو مباح، فصار كما لو أغمي عليه بمرض. وقال أبو حنيفة: لا يسقط؛ لأن هذا إغماء حصل بصنع العبد، والنص ورد في إغماء حصل بأفة سماوية.

(فصل) في سجود التلاوة

(نُوجِبُ سَجْدَةَ التَّلَاوَةِ فِي أَرْبَعَةِ عَشَرَ مَوْضِعًا). ترك تعدادها لشهرتها. وقال الشافعي: هي سنة؛ لما روي: «أن عمر رضي الله عنه تلا آية سجدة في خطبته، فأشربَّ الناس للسجود، فقال: على رسلكم، فإن هذا شيء لم يكتب عليكم». لنا قوله صلى الله عليه وسلم: «السجدة على من سمعها، وعلى من تلاها»، وكلمة «على» للوجوب، وما رواه محمول على تأخير الأداء جمعًا بين الحديثين.

(وَنُعَدُّ مِنْهَا: ص) وقال الشافعي: ليس في سورة ص سجدة؛ لأن المذكور فيها ركوع لا سجود. لنا: «أن النبي صلى الله عليه وسلم قرأ سورة ص وسجد». ¹ (لَا ثَانِيَةَ الْحَجِّ) أي: لا نعد من تلك المواضع ثمانية الحج. وقال الشافعي: في سورة الحج سجدة؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «فضلت سورة الحج بسجدةتين». ²

¹ مصنف ابن أبي شيبة، 398/3، 323/18.

² سنن الترمذي، الصلاة 406؛ مسند أحمد بن حنبل، 151/4.

لنا: ما روي: «أنه صلى الله عليه وسلم عد سجدة القرآن، وعد في الحج واحدة»¹ ومعنى ما رواه في الحج سجدة: الأولى: سجدة التلاوة، والثانية: سجدة الصلاة بدلالة اقترانها بالركوع.

(وَعَدُوا النَّجْمَ فَمَا بَعْدَهَا مِنْهَا) وقال مالك: سورة النجم، وما بعدها ليست من مواضع السجود؛ لما روي: «أن ابن عمر عد سجدة القرآن إحدى عشرة، وقال ليس في السبع الأخير سجود»².

ولنا: ما روى ابن عباس: «أنه صلى الله عليه وسلم سجد في النجم»، وما رواه أبو هريرة: «أنه صلى الله عليه وسلم سجد في ﴿إِذَا السَّمَاءُ انشَقَّتْ﴾ [الانشقاق، 1/84]، و﴿أَفْرَأَ بِاسْمِ رَبِّكَ﴾ [العلق، 1/96]»³.

(وَتَجِبُ) السجدة على من سمعها وإن كان جُنُبًا إلا الحائض والنفساء وغيرهما ممن ليس بأهل لوجوب الصلاة (بِمُطَلَقِ السَّمَاعِ) يعني: سواء قصده أو لا، لقول صلى الله عليه وسلم: «السجدة على من سمعها»⁴.

ولو سمعها من النائم، أو الطوطي، أو المجنون، قيل: تجب. وقيل: لا؛ لأن السبب سماع تلاوة صحيحة، وهي إنما تكون بالتمييز؛ إلا أن السكران لو قرأها يجب عليه، وعلى من سمعها منه؛ لأن عقله اعتبر ثابتًا زجرًا له. وأما وجوبها على النائم، فعلى الاختلاف.

(وَلَمْ يَشْرُطُوا) في وجوب السجدة على السامع (الدُّكُورَةَ، وَالتَّكْلِيفَ فِي التَّالِي). قال مالك: يشترط ذلك،⁵ لقوله صلى الله عليه وسلم للتالي عنده: «كنت إمامنا لو سجدت [40ظ] لسجدنا معك»⁶، والمرأة وغير المكلف لا يصلح⁷ أن يكون إمامًا.

لنا: عموم ما روينا، والمراد بما رواه: كنت حقيقًا بأن تسجد قبلنا لا حقيقة الإمامة. ألا ترى أن المحدث إذا تلاها يجب على السامع المتوضى وإن⁸ لم يصلح⁹ أن يكون إمامًا له¹⁰ في الحال.

(وَهِيَ بِالْفَارِسِيَّةِ مُوجِبَةٌ) عند أبي حنيفة (إِذَا أُخْبِرَ) أي: أخبر واحد من سمعها بأنها آية السجدة، سواء فهم معناها أو لم يفهم.

قيد به؛ لأنه لو لم يخبر لا يلزم؛ فلا يكون تكليفًا بما لا علم به.

(وَشَرَطًا فَهَمَّهَا)؛ لأن نظم الفارسية ليس بقرآن، وإذا فهم معناها يكون سامعًا للقرآن من وجه.

وله: أن القرآن هو المعنى، ولو كان بنظم العربية لم يشترط فهمها، فكذا بالفارسية.

وفي «المحيط»: الصحيح أنها موجبة اتفاقًا؛ لأن القراءة بالفارسية قرآنًا معنى لا نظمًا، فباختبار المعنى يوجب السجدة، وباختبار النظم لا يوجبها، فيجب احتياطًا، بخلاف الصلاة عندهما، فإنها تجوز باعتبار المعنى، ولا تجوز باعتبار النظم، فلم يجز احتياطًا.

(وَيَتَّبِعُ الْمُؤْتَمُّ) الإمام إذا تلا في الصلاة آية السجدة، فسجد؛ لأنه التزم متابعتها.

(وَأَمَرَ بِأَدَائِهَا بَعْدَ الصَّلَاةِ عَنِ تِلَاوَتِهِ) يعني: إذا قرأ المؤتم في الصلاة آية السجدة، فسمعها الإمام، أمرهما محمد بأداء السجدة؛ لأن سبب وجوبها وُجِدَ، وكان المانع عن أدائها في الصلاة لزوم قلب موضوع الإمامة، فلما زال المانع بالفراغ عن الصلاة يؤدونها بعدها.

(وَأَلْفَيْهَا حُكْمَهَا) أي: قالوا: لا حكم لقراءة المؤتم كسهوه، فلا يؤدونها بعدها؛ لأن المؤتم محجور عن القراءة، وتصرف المحجور لا حكم له.

¹ لم نجده مرفوعًا، وروي موقوفًا عن جابر، انظر: مصنف ابن أبي شيبة، 12/2.

² سنن ابن ماجه، إقامة الصلاة 71، بمعناه، وليس هذا عن ابن عمر بل عن ابي الدرداء.

³ صحيح مسلم، المساجد 111؛ مسند أحمد بن حنبل، 329/12.

⁴ لم نجده مرفوعًا، وروي موقوفًا عن ابن عمر (مصنف ابن أبي شيبة، 390/3) وعن عثمان بن عفان (الأوسط لابن المنذر، 283/5).

⁵ وفي هامش ح: أي: الذكورة والتكليف.

⁶ مصنف ابن أبي شيبة، 418/3.

⁷ ح: يصح.

⁸ وفي هامش ح: وصل.

⁹ ح: وإن لم يصح.

¹⁰ د - له.

قيد بقوله: «بعد الصلاة»؛ لأن أداءها في الصلاة غير جائز اتفاقاً؛ لأنه إن سجد الإمام، وتابعه التالي يكون خلاف موضوع التلاوة، وإن سجد التالي وتابعه الإمام يكون خلاف موضوع الإمامة، وإن سجد التالي وحده يكون خلاف موضوع الاقتداء. وقيد بقوله: «عن تلاوته»؛ لأن التالي لو كان الإمام يؤديونها في الصلاة اتفاقاً.

(وَتَوَدَّى بَعْدَهَا عَنْ تِلَاوَةِ خَارِجٍ) يعني: إذا سمعوا في الصلاة آية السجدة من رجل خارج عنهم يؤديونها بعد الصلاة؛ لتحقق سببها، وهو السماع.

(وَلَا تُجْرَى فِيهَا) يعني: لو سجدوها في الصلاة لا يؤدي لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن الإدخال في الصلاة سجدة تلاوة وجدت في الخارج.

(وَلَا تُفْسِدُهَا)؛ لأنها غير منافية للصلاة، (وَيَسْجُدُ الْخَارِجُ عَنْ تِلَاوَةِ مُصَلٍّ)؛ لانعقاد السبب في حقه، وهو السماع. (وَحَكَمْنَا بِالْإِجْرَاءِ فِي الْأَدَاءِ عَلَى حَسَبِ الْوُجُوبِ) يعني: إذا قرأ آية السجدة عند طلوع الشمس، ولم يسجد، فأدائها وقت الزوال، أو الغروب يجزئه عندنا. وقال زفر: لا يجزئه؛ لأنه إذا لم يسجد حتى خرج الوقت المكروه وجب الأداء في ذمته كاملاً، فلا يؤدي في الوقت الناقص، كما لو قضى عصر أمسه حال الغروب لم يجز.

لنا: أنه وجب عليه ناقصاً، فيجوز كما وجب، بخلاف قضاء العصر وقت الغروب؛ لأن السبب في وجوب الصلاة هو الوقت، وكان الأصل أن يكون كل الوقت سبباً إلا أنه عدل السببية إلى الجزء؛ كيلا يقع الأداء خارج الوقت، فإذا خرج فلم يؤديها زال المانع، فصار كل الوقت سبباً، وهو وقت كامل لا نقصان فيه. وأما سبب السجدة، فالتلاوة وهي وجدت في وقت مكروه، فتقررت في الذمة بوصفها، فصح أدائها في الوقت المكروه، وعلى هذا إذا تلاها، وهو ركب، فلم يسجد لها بالإيماء، حتى نزل ولم يسجد لها أيضاً، ثم ركب، فأومئ لها لم يجز عنده، وجاز عندنا، لما ذكرنا.

أقول: مبنى الخلاف معروف مما سبق من التقرير؛ لكن كلام المصنف لا يوافق؛ لأنه يلزم منه أن زفر لم يحكم بالإجزاء في الأداء على حسب الوجوب، وليس كذلك؛ لأن هذا الأصل متفق عليه، حتى لو تلاها وقت الطلوع، فسجد في ذلك الوقت يجوز عند زفر أيضاً. والمسألة هكذا مذكورة في «الحقائق». ولو قال: «وجعلنا الواجبة في مكروه مؤداة في مكروه آخر»، لكان أنسب. (وَنَعَكْسُهُ لِأَدَائِهَا بِالْإِيمَاءِ رَاكِبًا بَعْدَ تِلَاوَتِهَا رَاكِبًا) يعني: إذا تلا آية السجدة على الأرض، ثم ركب وأومئ لها ركباً لا يجوز عندنا؛ لأنها وجبت كاملة، فلا تؤدي بالناقص، ويجوز عند الشافعي؛ لأنها سنة، فلو تركها لا يلزمه شيء، فجاز أدائها بالإيماء أولى.

(وَتَتَّجِدُ) تلاوات آية واحدة (لِاتِّخَادِ الْمَجْلِسِ)؛ لما روي: «أنه صلى الله عليه وسلم كان يسجد واحدة»؛¹ لتكرار آية في مجلس واحد، ولأن الاحتياج إلى تكرار آية للحفاظ أو التعليم غالب، فاتحدت دفعاً للحرج، ولا كذلك إذا اختلف الآية. وفي «الخانية»: اتحاد المجلس [41و] بأن لا يفصل بين التلاوات بعمل كثير، قالوا: ثلاث كلمات يكون كثيراً. ولو أكل حتى شبع، أو نام مضطجعا، أو سدى ثوباً، أو دار حول الرحي، أو انتقل من غصن إلى غصن يختلف في الأصح. ولو انتقل من زاوية بيت أو مسجد إلى زاوية أخرى لا يتبدل إلا إذا كان كبيراً كبيت السلطان والجامع. وفي «المحيط»: إذا كرر في دابة تسيير آية سجدة، ولم يكن في الصلاة يختلف؛ لأن سيرها مضاف إلى ركبها. قيدنا به؛ لأنه لو كان في الصلاة، وكررها تكفيه سجدة واحدة؛ لأن حرمة الصلاة تجعل أمكنة المسير، كمكان واحد لضرورة صحتها. ولو اختلف مجلس السامع دون التالي يتكرر الوجوب. ولو تبدل مجلس التالي دون السامع، فالأصح أنه لا يتكرر الوجوب. اعلم: أن هذا تداخل في السبب بأن جعل التلاوات كلها كتلاوة واحدة لا تداخل في الأحكام بأن تجعل كل تلاوة سبباً لسجدة، فتداخلت السجدة، فاكتمت بوحدة كما تداخلت الحدود إذا كرر الزنا.

والفرق بينهما أن السبب الواحد المتداخل ينوب عما قبله وما بعده، حتى لو تلا في مجلس فسجد، ثم تلا أخرى يكفي تلك السجدة عنهما، ولا ينوب الحكم الواحد إلا عما قبله حتى لو زنا، فحد، ثم زنى في المجلس يحد ثانيًا. وإنما جعل التداخل في السجدة في السبب، وفي الحد في الحكم ولم ينعكس؛ لأن السجدة عبادة، وتركها مع وجود موجبها شنيع، والحد عقوبة، والغرض منه الزجر، وهو يحصل بوحدة، والكريم يعفو مع تحقق موجب العقوبة.

¹ لم نجد مرفوعاً، وهو موقوف عن مجاهد وإبراهيم والحسن، انظر: مصنف ابن أبي شيبة، 3/385.

(وَيَسْتَتِيعُ الصَّلَاةَ) وهي السجدة التي وجبت بتلاوة تعلق بها جواز الصلاة (الْخَارِجِيَّةُ) وهي ما وجبت بتلاوة في خارجها، يعني: من تلا آية السجدة، فلم يسجد حتى دخل في الصلاة، فأعادها وسجد فيها أجزأته عن التلاوتين، فيكون الخارجية تابعة للخارجية لا. هذا إذا لم يختلف المجلس فإن اختلف يسجد للخارجية بعد الصلاة، (لَا بِالْعَكْسِ) يعني: لو تلا خارج الصلاة، فسجد لها، ثم تلاها في الصلاة لا تجزئ تلك السجدة عن التلاوتين؛ بل وجبت لها سجدة أخرى؛ لأن الأقوى يكون مستتبعا لا تابعا. (وَلَوْ كَرَّرَهَا فِي رَكْعَتَيْنِ يُفْتِي بِوَاحِدَةٍ) أي: أبو يوسف بسجدة واحدة (لَا يَبْتَدِئُ) يعني: عند محمد عليه سجدتان. قيد بـ«ركعتين»؛ لأنه لو تلا في ركعة وسجد، ثم قام وأعادها في تلك الركعة، فليس عليه سجدة اتفاقا، وأراد بهما ركعتي صلاة واحدة؛ لأنه لو كررها في صلاة أخرى، فعليه سجدة اتفاقا.

لمحمد: أن القراءة هنا متعددة، فتعددت السجدة؛ إذ لو جعلناها متحدة يلزم إخلاء إحدى الركعتين عن القراءة. ولأبي يوسف: أن المجلس متحد، فيتداخل التلاوة، وليس من ضرورة الاتحاد في حكم بطلان التعدد في حكم آخر، فقلنا: بالتعدد في حق جواز الصلاة، وبالتحاد في حق سبب السجدة لإمكان العمل بالوجهين. (وَتُكَبَّرُ لِلْوَضْعِ وَالرَّفْعِ) يعني: تكبر في سجدة التلاوة لوضع رأسه ورفع فحسب (مِنْ غَيْرِ تَحْرِيمٍ وَلَا تَحْلِيلٍ). يعني: عند الشافعي: يكبر كتكبيرة الافتتاح، ثم يسجد، ثم يرفع رأسه، فيقعد ويسلم تسليمتين. له: أنها عبادة قائمة بنفسها، فاعتبر لها ما يعتبر للصلاة من الدخول والخروج. لنا: أن المأمور به هو السجود، فلا يزداد عليه بالرأي، والسجدة فعل واحد، فلم يحتج فيه إلى تحريم وتحليل، كما احتاجت الصلاة إليهما، لكونها أفعالا متغايرة.

(فصل) في صلاة المسافر

(لَمْ يُعَيَّنُوا أَذَى مُدَّةِ السَّفَرِ) الذي يتعلق به الرخصة من قصر الصلاة، وإباحة الفطر، وسقوط وجوب الجمعة وغيرها (بِمَسِيرَةٍ ثَمَانِيَةٍ وَأَرْبَعِينَ مِيَلًا). ومالك: قدره بذلك؛ لما روي: أنه صلى الله عليه وسلم قدره هكذا. (فَقَدَّرَهُ بِثَلَاثَةِ أَيَّامٍ) من أقصر أيام السنة مع الاستراحات في خلال النزول والاستراحة ألحقت بالسير في حق تكميل مدة السفر تيسيرا، كذا في «الغاية» (وَسَطًا) حال من المسيرة المقدره قبل ثلاثة، وهو سير الإبل، والأقدام بسير القافلة؛ لأن سير البريد سريع، وسير العجلة بطيء جدا، وخير الأمور أوسطها سيرا¹. والسير الوسط في البحر: باعتدال الريح. ولو كان لموضع طريقان: أحدهما: مسيرة ثلاثة أيام، والآخر: أقل منها، ففي الطريق الأول يقصر، وفي الثانية لا، كذا في «الغاية».

(لَا يَوْمٌ وَلَيْلَةٌ) يعني: عند الشافعي: أقلها مقدّر بيوم وليلة؛ لما روى أن ابن عباس قال: «أنا أخرج إلى الطائف»، وأقصر الصلاة، وهو مقدّر بيوم وليلة.

لنا: قوله صلى الله عليه وسلم: «يُحْتَمَلُ الْمَسَافِرُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ وَلَيَالِيهَا»² اللام فيه للاستغراق، لعدم المعهود، فمعناه: يمسح كل مسافر ثلاثة أيام، وذلك يقتضي أن يكون مدة السفر ثلاثة أيام؛ لأنها لو كانت أقل منها يكون المسافر كالمقيم في مدة المسح في بعض الصور، وذلك غير جائز؛ لأن التسوية [41ظ] بين حكم الراحة والمشقة خلاف موضع الشرع.

(فَتُرَخَّصُ لِلْعَاصِي) يعني: فُطِّعَ الطريق إذا سافروا للقطع يترخصون برخص السفر من القصر وغيره عندنا. وقال الشافعي: لا يرخصون؛ لأن الرخصة تخفيف وكرامة، فلا يستحقها العصاة.

لنا: أن النصوص الواردة في القصر عامة لم يفصل بين المطيع والعاصي، ولأنهم بالإسلام يستحقون الكرامة، ونفس السفر ليس فيه معصية، فلا يعتبر غرضهم فيه.

¹ ح - سيرا.

² المعجم الكبير للطبراني، 64/8؛ سنن الدارقطني، 358/1.

وفي «الحقائق»: الخلاف في إنشاء السفر على المعصية؛ إذ لو أنشأ سفرًا مباحًا، ثم غيّر القصد إلى معصية، فإنه يترخص اتفاقًا؛ لأن الشروط إنما يعتبر عند ابتداء الأسباب. وكذا الخلاف إذا لم يكن للمسافر غرض صحيح كطوف الصوفي لرؤية البلاد. (وَنَزَى الْقَصْرَ عَزِيمَةً) يعني: المفروض على المسافر في الرباعية ركعتان فقط عندنا (لَا رُحْصَةً) يعني: المفروض عند الشافعي عليه أربع إلا أنه رخص بأدائه ركعتين.

وفائدة الخلاف يظهر فيما إذا أتم المسافر كان الشفع الثاني نفلًا عندنا، وفرضًا عنده، وفيما لو فات عن المسافر رباعية يقضي عندنا ركعتين، وعنده أربعًا، وفيما لو صلى أربعًا، ولم يقعد على الركعتين، فضلاته فاسدة عندنا؛ لتركه القعدة الأخيرة وتامة عنده. له أن الوقت سبب للأربع، والسفر سبب للقصر، فيختار أيهما شاء كما خير بين الصوم والإفطار. لنا: قول ابن عباس رضي الله عنهما: «إن الله فرض على لسان نبيك الصلاة للمقيم أربعًا، وللمسافر ركعتين». وأما الصوم في السفر فمشقة من وجه، وخفة من وجه لموافقته المسلمين، وخلوصه عن القضاء، فصار التخيير مفيدًا؛ لأن الناس في الاختيار متفاوتون.

(فَيَبْدَأُ) المسافر بالقصر في فرضه الرباعي.

قيدنا بـ«الرباعي»؛ لأنه لا يقصر المغرب والوتر. وأما السنن فللمسافر أن يتركها عند البعض، كذا في «الخاتية». (مَنْ مُفَارِقَةَ الْبُيُوتِ) أي: بيوت الموضع الذي أقام؛ لما روي عن علي رضي الله عنه أنه قال: «لو جاوزنا هذا الخص لقصرنا».

اعلم: أن المعبر هو مفارقة بيوت الجانِب الذي خرج منه، حتى لو فارقتها منه وكان بحذائه من جانب آخر أبنية قصر، وإن كانت قرية متصلة بالمصر يعتبر مفارقتها هو الصحيح، وأنه لا بد للقصر من قصد مسافة السفر، حتى لو سار لطلب آبق بلا قصد أو قصد السفر بلا سير لا يترخص. وأما الإقامة فيثبت بمجرد النية؛ لأنها ترك السفر، وفي الترك يكفي مجرد النية. (إِلَى أَنْ يَدْخُلَ وَطَنَهُ) فحينئذ لا يقصر.

اعلم: أن صحة كونه غاية مشروطة بشرطين:

أحدهما: أن يدخل بعد ما سار مدة السفر. وأما إذا لم يسر، فيتم صلاته لمجرد الرجوع إلى وطنه وإن¹ لم يدخل فيه؛ لأنه نقض السفر قبل الاستحكام.

وثانيهما: أن لا يبطل وطنه. وتوضيحه: إنما يكون ببيان الأوطان، وبطلان أحدهما بالآخر، وهي ثلاثة:

[1.] وطن أصلي: وهو مولد الرجل، أو البلد الذي تأهل فيه.

[2.] ووطن الإقامة: وهو الذي نوى المسافر أن يقيم فيه خمسة عشر يومًا.

[3.] ووطن السكنى: وهو الذي نوى أن يقيم فيه أقل منها.

هذا ما ذكره عامة المشايخ؛ لكن المحققين منهم طرحوا من البين، وطن السكنى وهو الصحيح؛ لأن حكم السفر فيه باقٍ، فلم يصير وطنًا، فكيف يترتب عليه البطلان.

والوطن الأصلي يبطل بمثله؛ لما روي: «أنه صلى الله عليه وسلم عدَّ نفسه بمكة مسافرًا، وقال: أتموا صلاتكم، فإننا قوم سفر»². وهذا إذا انتقل عن الأول بأهله.

وأما إذا لم ينتقل، ولكن استحدث أهلًا ببلدة أخرى، فلا يبطل وطنه الأول؛ بل يتم فيهما، ولا يبطل الوطن الأصلي بوطن الإقامة؛ لأن الشيء لا ينتقض بما دونه، ووطن الإقامة يبطل بمثله وبالوطن الأصلي.

(وَلَوْ مُسْتَجِدًّا) يقال: استجده، أي: صيّرهُ جديدًا، كذا في «الصحاح». والمستجد هنا: إن قدر أنه اسم مفعول، فمعناه: ولو

كان ذلك الوطن مأخوذًا جديدًا، وإن قدر أنه اسم فاعل، فمعناه: ولو كان المسافر متخذًا وطنًا جديدًا، فإنه إذا دخل فيه لا يقصر؛ لأنه باتخاذ وطنًا أبطل الوطن السابق؛ لما روي: أنه صلى الله عليه وسلم لما استوطن المدينة عدَّ نفسه في مكة من المسافرين³.

¹ وفي هامش ح: وصل.

² سنن أبي داود، صلاة السفر 10؛ مسند الطيالسي، 178/2. وروي عن عمر قوله، انظر: مصنف عبد الرزاق، 540/2.

³ سنن أبي داود، صلاة السفر 10؛ مسند الطيالسي، 178/2.

(أَوْ يُنَوِّي الإِقَامَةَ فِي غَيْرِ مَفَازَةٍ خَمْسَةَ عَشَرَ يَوْمًا) قيد به؛ لأن نية الإقامة في المفازة غير معتبرة؛ لأنها ليست بمحل الإقامة. وأما أهل المفازة الذين يسكنون فيها بيوت الشعر، فيصح نية إقامتهم فيها؛ لأن الإقامة أصل لهم، فلا يبطل بالانتقال من مرعى إلى مرعى، إلا إذا ارتحلوا عن موضع إقامتهم في الصيف، وقصدوا موضع إقامتهم في الشتاء، بينهما مسيرة ثلاثة أيام يصيرون مسافرين.

وفي «المحيط»: إذا نوى الزوج الإقامة تصير الزوجة مقيمة تبعًا له إذا كانت مستوفية مهرها. وإن لم تستوفها فالعبرة لنيتهما؛ لأن لهم أن تحبس نفسها من الزوج. وكذا الجيش مع الأمير إذا كان رزقهم منه، وإن كان رزقهم من مالهم، فالعبرة لنيتهما؛ لأن لهم أن يذهبوا حيث شاؤوا، وكذا الأجير مع [42] مستأجره.

(وَتُقَدَّرُهَا بِهَا) أي: مدة الإقامة بخمسة عشر يومًا (لَا بِأَرْبَعَةِ أَيَّامٍ) يعني: هي مقدرة عند الشافعي بأربعة أيام لحديث عثمان رضي الله عنه: «من أقام أربعًا يصلي أربعًا»¹؛ لكن المختار في مذهبه أن يكون هذه الأربعة غير يومي الدخول والخروج. لنا ما روي عن عمر وابن عباس رضي الله عنهما أنهما قالوا: «أقل مدة الإقامة خمسة عشر يومًا»²، والأخذ بقولهما أولى؛ لأن القصر كان ثابتًا بيقين، فلا يزول إلا بمدّة يقينية في الإقامة.

(وَلَوْ نَوَّاهَا) أي: الإقامة (بِمَكَّةَ وَمِنَى مَعًا قَصْرًا)، ولا يتم الفرض فيهما؛ لأن الإقامة لو اعتبرت في موضعين، لأمكن اعتبارها في مواضع، فلا يترخص حينئذ في السفر إلا إذا نوى قبل الدخول أن يقيم بالليل في أحدهما، فيصير مقيمًا بدخوله فيه؛ لأن إقامة المرء يضاف إلى مبيته وإن دخل أولًا الموضع الذي عزم على الإقامة فيه بالنهار لم يصير مقيمًا. اعلم: أن هذا إذا كان كل من الموضعين أصلًا بنفسه، وإن كان أحدهما تبعًا للآخر بأن كان قريبًا من المصر، بحيث تجب الجمعة على ساكنه، فإنه يصير مقيمًا فيهما بدخول أحدهما أيهما كان؛ لأنهما في الحكم كموطن واحد، كذا في «التبيين».

(أَوْ الْعَسْكَرُ الْمُحَاصِرُونَ) يعني: إذا نوى الإقامة خمسة عشر يومًا العسكر الذين حاصروا حصنًا للكفرة في دارهم، أو للبغاة في دار الإسلام إذا كانوا في غير مصر. وعند أبي يوسف: يصح إقامتهم إذا كانوا في بيوت المدبر.

(أَمْرُنَاهُمْ بِهِ) أي: بالقصر. وقال زفر: يتمون صلاتهم في الوجهين؛ لأنهم متمكنون من القرار في ذلك الموضع لشوكتهم.

لنا: أن حال العسكر متردد بين الفرار والقرار، فلا يصح نيتهم الإقامة لمخالفتها حالهم.

(وَلَوْ لَمْ يَنْوُ) أي: المسافر الإقامة في موضع؛ (بَلْ تَرَقَّبَ السَّفَرُ، فَبَقِيَ سِنِينَ قَصْرًا)؛ لما روي: «أن ابن عمر قصر بأذربيجان ستة أشهر»³ كان يترقب فيها الخروج.

وفي «المحيط»: لو وصل الحاج إلى الشام، وعلم أن القافلة إنما تخرج بعد خمسة عشر يومًا، وعزم أن لا يخرج إلا معهم لا يقصر؛ لأنه كناوي الإقامة.

(وَلَوْ بَقِيَ مِنَ الْوَقْتِ) أي: وقت الصلاة الرابعة (أَقَلُّ مِنْ قَدْرِ رَكَعَتَيْنِ، فَسَافَرَ، أَلْزَمْنَاهُ بِهِمَا لَا بِأَرْبَعٍ) يعني: قال زفر: فرضه

أربع.

قيد بقوله: «أقل»؛ لأنه لو بقي من الوقت مقدار ما يسعه ركعتان، فعليه صلاة السفر اتفاقًا.

وقيد بقوله: «فسافر»؛ لأنه لو أقام فيه، فعليه أربع ركعات اتفاقًا. وهذا الخلاف مبني على أصل مختلف فيه، وهو أن المعتبر عنده الجزء الذي يسع فيه فرض الوقت؛ لأن السببية يستقر فيه عنده. وعندنا: المعتبر آخر جزء الوقت؛ لأن السببية ينتقل إليه، إلا أنه يشكل على أصل زفر: ما إذا أقام في آخر جزء من الوقت، فإن عليه أربع ركعات اتفاقًا.

(وَإِذَا اقْتَدَى) المسافر (بِمَقِيمٍ فِي وَقْتِيَّةٍ أْتَمَّ) أي: المسافر الصلاة معه؛ لأن فرضه تغير إلى أربع باتباعه للمقيم؛ لكن إن

أفسد يصلي ركعتين؛ لأن لزوم الأربع إنما كان للمتابعة، وقد زالت بخلاف ما لو اقتدى المسافر به بنية النفل، ثم أفسده حيث يلزمه الأربع؛ لأنه شرع في الأربع قصدًا.

وقيد بقوله: «في وقتية»؛ لأنه لو اقتدى به في فائتة عنه لا يجوز؛ لأن فرض المسافر لا يتغير بعد الوقت، فيكون اقتداء المفترض بالمتنفل في حق القعدة؛ لأن القعدة الأولى نفل في حق المقيم، وفرض في حق المسافر.

¹ لم نجده في كتب الحديث، أخرجه السرخسي في المبسوط (236/1) عن عثمان قوله.

² روي عن ابن عمر قوله: مصنف ابن أبي شيبة، 384/5؛ وعن ابن عباس في إقامة النبي صلى الله عليه وسلم في مكة: سنن النسائي، تقصير الصلاة 4.

³ مصنف عبد الرزاق، 533/2.

(أَوْ أَمَّ بِهِ) أي: إذا أم المسافر بالمقيم (قَصَرَ)، وأتم المقيم فرضه؛ لأنه التزم الموافقة في الركعتين، فينفرد في الباقي، إلا أنه لا يقرأ فيه في الأصح، كما يقرأ المسبوق؛ لأنه وافق الإمام في التحريمة، وفرض القراءة قد تأدى معه، فيترك القراءة في الباقي احتياطاً. وإنما أطلق هذه المسألة ولم يقيدتها بالوقفية؛ لأن اقتداء المقيم في فاتحة بالمسافر صحيح إذا اتحد الفرضان؛ لأن قعدة المسافر فرض في حقه نفل في حق المقيم، واتباع الضعيف على الأقوى جائز.

(وَيُسْتَحَبُّ الإِعْلَامُ) أي: إعلام الإمام بكونه مسافراً بأن يقول: «أتموا صلاتكم، إني مسافر»؛ لأنه لما سلم على رأس الركعتين في الرباعية ظهر أنه مسافر؛ حملاً لأمره على الصلاح، فيكون قوله: بعد هذا زيادة إعلام بكونه مسافراً، ولهذا صار مستحباً (لِلإِتْمَامِ) أي: ليطم القوم صلاتهم.

(وَلَوْ أَدْرَكَ) المسافر (الْمُقِيمِ فِي شَفْعِهِ الثَّانِي أَمْزُوهُ بِالْإِكْمَالِ) أي: ياتمام المسافر صلاته أربعاً. وقال مالك: لا يكمل؛ لأن فرضه كان ركعتين خاصة، فقد أَدَّى، فإذا سلَّم الإمام سلم معه.

ولنا: أنه بالاقتداء التزم [42ظ] متابعتة فيما انعقد له إحرام الإمام، وإحرامه انعقد للأربع، فيلزمه الأربع. (وَأَمَرْنَا اللَّاحِقَ) أي: المسافر اللاحق المقتدي بالمسافر (بِالْقَصْرِ لَوْ دَخَلَ مِصْرَهُ لَوْضُوءٍ) إذا أحدث في صلاته. وقال زفر: يتمها أربعاً. هذا الخلاف فيما إذا دخل بعد فراغ الإمام من الصلاة. أما إذا دخل قبله، أتم أربعاً اتفاقاً. وفيما إذا لم يتكلم ولو تكلم صلى أربعاً اتفاقاً.¹

قيد بـ«اللاحق»؛ لأن المسبوق أو المدرك² لو دخل مصره للوضوء يصلي أربعاً اتفاقاً. له: أنه بدخول المصر صار مقيماً، ومن ضرورته انتقال فرضه إلى الرباعية، فصار كالمسبوق. لنا: أن اللاحق خلف الإمام حكماً، ولهذا لا يقرأ، فخرج عن الصلاة بخروج الإمام حكماً، فتقررت الصلاة في ذمته ركعتين، فما يأتي به بعد فراغ الإمام قضاء عما لزم مع الإمام، والإقامة إنما يعمل في الأداء لا في القضاء، بخلاف المسبوق؛ لأنه منفرد حقيقة وحكماً، ولهذا يقرأ. وكذا الخلاف لو نوى اللاحق الإقامة في حال أداء ما فات.

(أَوْ شَرَعَ فِي عَصْرِهِ)، هذا معطوف على قوله: «دخل»، يعني: أمرنا بالقصر لو شرع المسافر في صلاة العصر، وإضافة العصر إليه بأدنى ملاسبة، (فَعَرَبَتْ) الشمس (فَنَوَّاهَا) أي: نوى الإقامة بعد الغروب. وقال زفر: يتمها أربعاً؛ لأن نية الإقامة وجدت في خلال الصلاة، فيتمها أربعاً.

لنا: أنها وجدت بعد خروج الوقت، فلا يتغير الفرض؛ لما مر من أن المغير إنما يعمل في الأداء، لا في القضاء. (وَلَوْ أَخْلَاهُمَا) أي: المسافر الأولين (عَنِ الْقِرَاءَةِ، وَنَوَى الْإِقَامَةَ فِي الْقَعْدَةِ أَفْسَدَهَا) أي: محمد صلاته، فيستأنف صلاة المقيمين، (وَصَبَّرَاهَا رُبَاعِيَّةً، وَنَقَلَاهَا إِلَى الثَّانِي). يعني: قالوا: يتمها أربعاً، ويقرأ في الشفع الثاني. له: أن التحريمة قد بطلت بترك القراءة فيهما، فصار كما لو تركها في الفجر.

ولهما: أن تحريمة المسافر موقوفة إن ثبت على السفر تفسد صلاته بترك القراءة. وإن نوى الإقامة لا تفسد؛ لأن فرضه صار أربعاً بنية الإقامة، كما أن سجدة السهو موقوفة إن ثبت على السفر يسجد بعد الركعتين، وإن نوى الإقامة يسجد بعد الأربع.³ وفي «الحقائق»: قيد القعدة اتفاقي. كذلك لو وجد نية الإقامة في قيام الثالثة، أو ركوعها، أو قومة ركوعها غير أنه يعيد القراءة؛ لأنه وقع نفلاً، فلا ينوب عن الفرض. أما إذا نوى في السجود، فيستقبل اتفاقاً.

(وَيُحْكِي) أي: يشابه (الْقَضَاءُ الْأَدَاءَ سَفَرًا وَحَضْرًا)، يعني: إذا فاتته صلاة في السفر قضاها في الحضر ركعتين. وإذا فاتته صلاة في الحضر قضاها في السفر أربعاً؛ لأن الواجب على المسافر في الوقت كان ركعتين، وعلى المقيم أربعاً، وبالنفوات تقرر على ذلك، فلا تغير بخلاف المريض المصلي بالإيماء مثلاً إذا فاتته صلوات يقضيها في الصحة قائماً لا بالإيماء؛ لأن المعتبر فيه وقت الشروع؛ إذ لو كان المعتبر حال النفوات، لزم جواز قضاء الصحيح مستلقياً بالإيماء مع قدرته على القيام، وهذا أمر شنيع.

(فصل) في صلاة الجمعة

بضم الميم اسم من الاجتماع. أضيف إليه اليوم والصلاة، ثم كثر الاستعمال حتى حذف منه المضاف.

¹ د - وفيما إذا لم يتكلم ولو تكلم صلى أربعاً اتفاقاً.

² د - أو المدرك.

³ د: بعد الفراغ.

(الْجَمَاعَةُ لِلْجُمُعَةِ شَرْطٌ تَأْكُدُ الْعُقْدَ) أي: عقد الركعة الأولى (بِالسُّجْدَةِ) عند أبي حنيفة؛ لأن ما دون الركعة ليس بصلاة، فلا بد من وجود الجماعة إلى تمام الركعة.

(وَقَالَا: لِلشُّرُوعِ) يعني: الجماعة شرط لشرع الإمام في صلاة الجمعة، فيكفي وجود¹ الجماعة فيه؛ لأن حاجة الإمام إلى الجماعة، كحاجة الجماعة إلى الإمام، فالإمام كان كافيًا في مجرد الشرع في حق الجماعة، حتى لو اقتدى به رجل في الجمعة، ثم سبقه الحدث، فتوضأ، وفرغ الإمام منها يتم مقتدي الجمعة اتفاقًا، فكذا الجماعة يكون كافية في مجرد الشرع في حق الإمام. وفائدة الخلاف تظهر فيما إذا نفر الجماعة بعد شروع الإمام قبل إتمام الركعة، فعنده: يستقبل الظهر، وعندهما: يتم الجمعة. (وَتَرَكْنَا اعْتِبَارَهَا لِلأَدَاءِ) يعني: ما شرطنا الجماعة لأداء الجمعة بتمامها. وشرطها زفر حتى لو نفر جماعة قبل قعود الإمام قدر التشهد يبطل الجمعة عنده، فيصلي² الظهر، وعندنا: يتم الجمعة.

له: أن الجماعة من شرائط الجمعة، فيشترط دوامها كدوام الطهارة وغيرها.³ لنا: أن الجماعة شرط لانعقادها، وقد حصل لا شرط لأدائها كالطهارة بل دليل أن المسبوق بركعة يتمها جمعة اتفاقًا. ولو كان الجماعة شرطًا لأدائها لما جاز ذلك.

(وَلَمْ نُعَيِّنْ أَقْلَهَا) أي: أقل الجماعة للجمعة (أَرْبَعِينَ أَحْرَارًا مُقِيمِينَ)، لا يرتحلون عن ذلك الموضع صيفًا، ولا شتاءً [43و] إلا لحاجة. وقال الشافعي: لا يقام الجمعة بأقل منهم؛ لما روي: أن أبا هريرة أقام الجمعة بأربعين أحرارًا مقيمين. لنا: ما روي: «أن الناس نفروا عن النبي صلى الله عليه وسلم؛ لينظروا إلى العير، وبقي منهم اثنا عشر رجلًا، فصلى بهم الجمعة»، وما رواه لا يدل على شرطيته.

(فَيَجْعَلُ الأَقْلَ) أي: أبو يوسف أقل الجماعة (اثْنَيْنِ فِيهَا) أي: في الجمعة، (وَفِي المُحَادَاةِ) أي: محاذاة المرأتين، (وَحَيْلُولَةِ الطَّرِيقِ، وَهَمَّا ثَلَاثًا). هذه ثلاث مسائل:

الأولى: أن أقل الجماعة التي يقام بها الجمعة اثنان عند أبي يوسف، وثلاثة عندهما. والثانية: أن امرأتين مشتركتين في صلاة الإمام إذا وقفتا في صف الرجال، يفسد صلاة رجل من يمينهما، ورجل من يسارهما، ورجلين رجلين من خلفهما إلى آخر الصفوف عند أبي يوسف، ولا تفسد صلاة⁴ رجلين عندهما إلى آخر الصفوف؛ بل يفسد صلاة رجلين من خلفهما بحدائهما فقط. وإن وقفت ثلاث يفسد صلاة ثلاثة ثلاثة من خلفهن إلى آخر الصفوف اتفاقًا؛ لأن الثلاثة جمع صحيح، فصرن بمنزلة صف حائل بين المقتدين وإمامهم. وإن وقفت واحدة يفسد صلاة رجلين من جانبيها، وصلاة رجل من خلفها بحدائهما فقط اتفاقًا.

وبيان الثالثة: أن الطريق الذي يسع فيه العجلة إذا كان بين الإمام والقوم، أو بين الصفيين يمنع صحة الاقتداء اتفاقًا، فإذا أقام ثلاثة على الطريق لا يمنع صحته اتفاقًا. وإن قام اثنان لا يمنع أيضًا عند أبي يوسف، ويمنع عندهما. له: أن للمثنى حكم الجمع، ولهذا أعطي له حكم الجمع في الميراث والوصية. ولهما: أن التثنية اختصت باسم على حدة، فيجب أن يكون حكمها مغايرًا لحكم الجمع. فأما إعطاء حكم الجمع له، فبقيام دليل على ذلك، فلم يلزم الاطراد.

(وَنَشْتَرِطُ) لإقامة الجمعة (المُصْرَ). وهو عند أبي حنيفة: كل بلدة فيها سكك وأسواق، ولها رساتيق ووال؛ لدفع المظالم، وعالم يُرَجَعُ إليه في الحوادث، هذا هو الأصح، كذا في «التبيين».

وعن أبي يوسف: أنه كل موضع له أمير وقاضي ينفذ الأحكام، وهو مختار الكرخي. وعنه أيضًا: أنه يبلغ سكانه عشرة آلاف. (أَوْ فَنَاءَهُ) وهو ما أُعِدَّ لحوائج المصر من ركض الخيل، والخروج للرمي ونحوهما.

وفي «الخانية»: لا بد أن يكون متصلًا بالمصر، حتى لو كان بينه وبين المصر فرجة من المزارع والمراعي لا يكون فناء له مقدار الفناء. عند محمد: أربعمئة ذراع. وعند أبي يوسف: ميلان.

¹ د: وجوب.

² وفي هامش ح: الإمام.

³ د: في غيرها.

⁴ ح - صلاة.

وفناء المصر في حكمه في حق إقامة صلاة الجمعة والعيدين، فلا يجوز إقامتها في القرى عندنا. هذا تفرع لما قبله. وعند الشافعي: ليس بشرط؛ لما روي: أن أبا هريرة أقامها في جُوْثَا، وهي قرية من قرى البحرين. لنا: قوله صلى الله عليه وسلم: «لا جمعة، ولا تشريق إلا في مصر جامع». وفي «المحيط»: القروي إذا دخل المصر، ونوى أن يمكث يوم الجمعة يلزمه الجمعة؛ لأنه صار كواحد من أهل المصر، وإن نوى أن يخرج في يومه ذلك قبل دخول وقت الصلاة، أو بعده لا يلزمه. (وَالْوَالِي) أي: ونشترط لإقامتها الوالي، وهو السلطان، أو نائبه، وهو الأمير أو القاضي. وقال الشافعي: إنه ليس بشرط اعتبارًا بسائر الصلوات.

لنا: قوله صلى الله عليه وسلم: «من ترك الجمعة، وله إمام عادل، أو جائر لا جَمَعَ الله شمله». شرط فيه أن يكون له إمام. (وَمَنْعَهَا) أي: محمد إقامة الجمعة في أيام الموسم (بِمَنْى) وضع في الجمعة؛ لأن العيد لا يصلى بمنى اتفاقًا. وقيد بـ«منى»؛ لأنها لا تصلى في عرفات اتفاقًا من «الحقائق» (مُطْلَقًا) أي: سواء كان فيه أمير مكة، أو الخليفة، أو أمير الحجاز، أو لم يكن. وقالوا: تقام فيه الجمعة إذا كان فيه أحدهم. وأما أمير الموسم، فليس له إقامة الجمعة اتفاقًا. وفي «المحيط»: أمير الموسم إن استعمل على مكة يقيم الجمعة عندهما، وإن لم يستعمل، فإن كان من أهل مكة يقيم الجمعة عندهما أيضًا.

له: أنه من القرى، فلا يقام فيه الجمعة، كما لا يقام صلاة العيد. ولهما: أن منى يتمصر في أيام الموسم لاجتماع شرائط المصر من الأمير والأبنية والأسواق، وبقاؤه مصرًا ليس بشرط؛ لأن الدنيا على شرف الزوال. وأما عدم إقامة صلاة العيد، فلاشتغال الحاج بالمناسك، لا لعدم المصرية. (وَجَعَلُوا وَقْتَهَا) أي: وقت الجمعة ممتدًا (إِلَى الْعَصْرِ لَا الْمَغْرِبِ). أي: قال مالك: يمتد إلى المغرب. وهذا بناء على أن وقت الظهر والعصر واحد عنده.

(وَلَوْ خَرَجَ الْوَقْتُ وَهُوَ فِيهَا) أي: الإمام في أداء الجمعة (نَأْمُرُهُ بِاسْتِثْنَاءِ الظُّهْرِ)؛ لأن الجمعة غير الظهر اسمًا وقدرًا وشروطًا، فلا يجوز أداء فرض بتحريمه فرض آخر، (لَا بِإِتْمَامِهَا أَرْبَعًا) يعني: عند الشافعي: يتمها أربعًا؛ لأن الجمعة ظهر مقصور لأجل الخطبة؛ لما روي أن عمر رضي الله عنه قال: «إنما قصرت الصلاة لمكان الخطبة»؛¹ لكن قصره كان مشروطًا بالوقت، فإذا فات عادت أربعًا.

(وَيُخْطَبُ قَبْلَهَا) أي: الإمام قبل الجمعة وبعد الزوال؛ لأنه صلى الله عليه وسلم فعل كذا.² (وَلَمْ نَشْرَطِ الْفُضْلَ) بجلسة خفيفة مقدار ثلاث آيات (بَيْنَ الْخُطْبَتَيْنِ) في الجمعة. وقال الشافعي: هو شرط؛ لأنه منقول متواتر، فصار كالتواتر.

لنا: [43ظ] ما روي: «أن عثمان رضي الله عنه لما استخلف، فصعد المنبر، قال: الحمد لله، فحصر، فنزل، فصلى»؛³ فلم ينكر عليه أحد من الصحابة.

(وَالْإِقْبَانُ عَلَى ذِكْرِ اللَّهِ) كالتكبير والتلهيل ونحوهما (مُجْزِيًّا) أي: كافٍ عند أبي حنيفة عن الخطبة. وقالوا: لا يجزئ إلا إذا كان كلاً ما يسمى خطبة عرفًا.

قيل: أقلها مقدار قوله: «التحيات لله» إلى آخره. وفي «العناية»: الخلاف فيما إذا ذكر الله لقصد الخطبة؛ لأنه لو ذكر الله غيرهما، كما إذا عطس، فقال: «الحمد لله» لا يجزئه عن الخطبة اتفاقًا.

لهما: ما روي: «أن صلى الله عليه وسلم صلى الجمعة عقب الخطبة الطويلة»؛⁴ ثم قال: «صلوا كما رأيتموني».⁵

¹ أخبار مكة للفياهي، 93/3 عن ابن أبي نجيح، عن عطاء، وطاوس، ومجاهد قولهم.

² سنن أبي داود، الصلاة 232-234؛ مصنف ابن أبي شيبة، 132/4.

³ نصب الراية للزيلعي، 197/2 وقال غريب.

⁴ لم نجده.

⁵ صحيح البخاري، الأذان 18.

وله: ما سبق من حديث عثمان.

(وَلَمْ نَشْتَرِطِ الْقِيَامَ) أي: قيام الإمام في الخطبة (وَالطُّهْرُ وَالسُّتْرُ) أي: طهارة الخطيب وستر عورته، (وَتِلَاوَةَ آيَةٍ، وَإِلْيَاصَاءَ بِالتَّقْوَى)، وأقله قوله: «أوصيكم بتقوى الله»، (وَالصَّلَاةَ عَلَى النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ). وقال الشافعي: كل ذلك شرط.

أما الطهارة والستر والتلاوة: فلأن الخطبة قائمة مقام شطر الصلاة، فيشترط لها ما يشترط للصلاة. وأما الإيصال والصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم: فلأن الخطبة متوازئة بهما.

لنا: أن ذكر الله تعالى في قوله تعالى: ﴿فَاسْعَوْا إِلَى ذِكْرِ اللَّهِ﴾ [الجمعة، 9/62] مطلق، والمراد به: الخطبة بنقل أئمة أهل التفسير، فتجوز الخطبة قاعدًا ومحددًا لحصول المقصود.

(وَيُكْرَهُ تَرْكُ ذَلِكَ) أي: جنس المذكورات لمخالفة السنة وكونها كشرط الصلاة من جهة الثواب لا من كل وجه، ولهذا لم يشترط فيها استقبال القبلة، وجاز الجمعة لمن جاء بعد الفراغ عن الخطبة.¹

(وَلَا تَجِبُ) الجمعة (عَلَى مُسَافِرٍ، وَامْرَأَةٍ، وَمَرِيضٍ، وَعَبْدٍ). أما المسافر والمريض: فلأن وجوبها حرج عليهما. وأما المرأة والعبد: فلاشتغالهما بخدمة الزوج والمولى، بخلاف الصلوات المفروضات، فإن كلاً منهم يؤديها بنفسه في زمان يسير. وأما وجوبها على المكاتب والعبد المأذون: فالمشايخ اختلفوا فيه.

وفي «التجنيس»: إذا خرج العبد إلى الجمعة إن كان يعلم أن مولاه يرضى بذلك جاز وإلا فلا.

(وَالأَعْمَى لَا تَجِبُ عَلَيْهِ) أي: لا تجب الجمعة على الأعمى عند أبي حنيفة، (وَلَا الْحَجُّ) معطوف على ضمير «يجب» بإعادة حرف لا، أي: الأعمى لا يجب عليه الحج عنده (مُطْلَقًا) أي: سواء وجد قائداً يمشي معه، ويوصله إلى الجامع، أو أعواناً إلى بيت الله، أو لم يجد. وقالوا: يجب عليه الجمعة إن وجد قائداً، والحج إن وجد أعواناً.

قيد بـ«الأعمى»: لأن المقعد لا يجب عليه الجمعة، ولا الحج وإن² وجد حاملاً اتفاقاً؛ لأنه أعجز عن الأعمى؛ لأن المقعد عاجز عن أصل السعي، والأعمى قادر عليه، إلا أنه لا يهتدي، فإذا وجد قائداً يلزمه كالصحيح الضال إذا وجد دالاً إلى الجامع، كذا في «الخانبة».

(وَكَلِّدَا الْعَاجِزَ عَنِ الْوُضُوءِ، وَالتَّوَجُّهَ مَعَ مُسَاعِدٍ) يعني: من عجز عن الوضوء، أو عن التوجه إلى القبلة، وعنده من يوضئه، أو يوجهه إليها يجوز له التيمم، والصلاة إلى غير القبلة عند أبي حنيفة خلافاً لهما.

له: أنه عاجز بنفسه، فلا يعتبر قادراً بغيره.

ولهما: أنه وإن³ كان عاجزاً بنفسه؛ لكن بواسطة المساعد صار قادراً، فتوجه إليه الخطاب.

(فَلَوْ حَضُرُوا) أي: المسافر وأمثاله الجمعة (بَعْدَ آدَاءِ الظُّهْرِ، أفسدناها) أي: صلاة الظهر (بِالْجُمُعَةِ) أي: بسبب حضورها. وقال زفر: لا يفسد؛ لأن المأمور به في حقهم الظهر دون الجمعة؛ لأنهم ما كلفوا بإقامتها، فإذا أدوا الظهر سقط الفرض عنهم، فلا ينتقض بعد الحكم بصحته. ولو راح المسافر إلى الجمعة، وصلها ينتقض ظهره، وينقلب نفلاً. وكان ما أدى من الجمعة فرضاً عندنا. وعند زفر والشافعي: لا ينتقض ظهره، ولا ينقلب نفلاً، وكان ما أدى من الجمعة نفلاً.

وفائدة الخلاف تظهر فيما إذا شرع مع الإمام، فخرج الوقت قبل أن يتم الإمام الجمعة، فعندنا: يلزمه إعادة الظهر، وعلى قوله: لا ينتقض ظهره من «المبسوط البكري».⁴

لنا: أن الجمعة فرض على كل واحد، وإنما وُضِعَتْ عن المسافر ونحوه، لعذر الحرج، فإذا شهد الجمعة، فقد زال العذر، فيكون مأموراً بالجمعة.

¹ د - لمخالفة السنة وكونها كشرط الصلاة من جهة الثواب لا من كل وجه، ولهذا لم يشترط فيها استقبال القبلة، وجاز الجمعة لمن جاء بعد الفراغ عن الخطبة.

² وفي هامش ح: وصل.

³ وفي هامش ح: وصل.

⁴ د - ولو راح المسافر إلى الجمعة، وصلها ينتقض ظهره، وينقلب نفلاً. وكان ما أدى من الجمعة فرضاً عندنا. وعند زفر والشافعي: لا ينتقض ظهره، ولا ينقلب نفلاً، وكان ما أدى من الجمعة نفلاً. وفائدة الخلاف تظهر فيما إذا شرع مع الإمام، فخرج الوقت قبل أن يتم الإمام الجمعة، فعندنا: يلزمه إعادة الظهر، وعلى قوله: لا ينتقض ظهره من «المبسوط البكري».

(وَأَجْزَنَا إِمَامَتُهُمْ فِيهَا) أي: إمامة المذكورين في الجمعة (مَا عَدَا الْمَرْأَةَ). وقال زفر: لا يجوز إمامتهم؛ لأن فرضهم الظهر دون الجمعة، فصار الاقتداء بهم كالاقتداء بالصبي.

لنا: أن عذر الحرج لما زال بحضورهم وقعت جمعتهم فرضاً، فيصح الاقتداء بهم لكونهم أهلاً للإمامة، بخلاف الصبي؛ لأنه مسلوب الأهلية.

(وَيُكْرَهُ جَمَاعَةُ الظُّهْرِ لِلْمَعْدُورِينَ) أي: أداؤهم الظهر بجماعة مكروه اتفاقاً؛ لأنه يكون تقليلاً لجماعة الجمعة، ومعارضة لها، وكذا المسجونون.

وفي «القنية»: أهل مصر لم يصلوا الجمعة لمانع يكره لهم أداء الظهر بجماعة.

(وَجَعَلْنَا [44] الظُّهْرُ أَصْلًا) على غير المعذورين (لَا هِيَ). لو قال: «لا إياها»، لكان أولى؛ لأن إقامة الضمير المرفوع مقام المنصوب قليل. يعني: عند زفر: الجمعة فرض عليهم؛ لأن الفرض ما كلف به العبد، وغير المعذور مأمور بالجمعة لا بالظهر، فيكون هي أصلاً في حقهم.

لنا: أن ما تمكن به العبد بنفسه هو الظهر دون الجمعة؛ لتوقفها على شرائط لا يمكن تحصيلها على الأفراد، فيكون هو الأصل في حق الكافة؛ إلا أن غير المعذور مأمور بإسقاطه بأداء الجمعة، ورخص للمعذور تركها ترفيهاً له.

(فَتَنَبَّأْنَا الْإِعَادَةَ) أي: إعادة الظهر (عَنْ غَيْرِ الْمَعْدُورِ بَعْدَ آدَاءِ الْإِمَامِ) الجمعة. وهذا تفرغ لما قبله، يعني: إذا صلى غير المعذور الظهر في منزله قبل أداء الناس الجمعة يجوز عندنا، ولا يجب عليه إعادته؛ لأنه أذى فرض الوقت، فوقع موقعه. وقال زفر: لا يجوز، ويجب عليه إعادته؛ لأن الفرض عليه هو الجمعة، والظهر حُلْفٌ عنها، ولا صحة للخلف مع قدرة الأصل. قيد بقوله: «بعد أداء الإمام»؛ لأنه قبل أدائه لا يعيد الظهر اتفاقاً.

(وَسَعْيُهُ إِلَيْهَا) أي: سعي من صلى الظهر إلى الجمعة بخطوتين أو بانفصاله عن داره في الأصح معذوراً كان أو غيره، شرع الإمام في الصلاة أو لا (مُبْطَلٌ لِلظُّهْرِ) عند أبي حنيفة أدرك الإمام أو لا. هذا إذا أمكنه أن يدركها، وإذا لم يمكنه لبعد المسافة، فالمشايخ اختلفوا فيه على قوله.

(وَقَالَا: إِدْرَاكُ الْإِمَامِ) يعني: إدراك الإمام مبطل عندهما. المراد به: أن يدخل مع الإمام:

وقيل: المراد به: أن يتم الجمعة مع الإمام، حتى لو تكلم بعد ما شرع في الجمعة مع الإمام، ولم يتمها معه لا يبطل الظهر عندهما.

قيد بـ«السعي»؛ لأنه إذا لم يسع بأن صلى الظهر في الجامع، ولم يرغب إلى الجمعة لا يبطل اتفاقاً.

وقيد بقوله: «إليها»؛ لأنه لو خرج لا يريد الجمعة لا يبطل ظهره اتفاقاً.

وقيدنا بقولنا: «شرع الإمام في الصلاة أو لا»؛ لأنه لو خرج إليها بعد فراغ الإمام لا يبطل ظهره اتفاقاً.

لهما: أن الظهر تم بالأداء، فلا ينتقض بما هو أدون منه، وهو السعي، وإنما ينتقض بما هو فوقه، وهو الجمعة.

وله: أنه رفض ما أداه بالسعي إليها، وهو سبب لأداء الجمعة، فأقيم مقام المسبب احتياطاً في حق وجوب القضاء.

(وَحَكْمٌ بِإِنْمَائِهَا أَرْبَعًا لِإِدْرَاكِهِ التَّشَهُدِ) يعني: إذا أدرك الإمام يوم الجمعة في القعدة يصلي أربعاً عند محمد والشافعي. قال

أبو حفص الكبير: قلت لمحمد يصير مؤدياً الظهر بتحريمه الجمعة؟ فقال: ما نصنع، وقد جاء به الأثر، وهو قوله صلى الله عليه وسلم: «من أدرك ركعة من الجمعة، فقد أدركها، ومن أدركهم قعوداً صلى أربعاً»، إلا أن الأربع عند الشافعي ظهر محض. وعند محمد: جمعة من وجه؛ لأنه نوى الجمعة لإدراكه جزءاً منها، وظهر من وجه لانعدام شرائط الجمعة فيما يقضيه، فباعبار الجمعة يفترض القعدة على رأس الثانية، والقراءة في الشفع الثاني؛ لأنه تطوع، وباعبار الظهر لا يفترض، فوجب القعدة والقراءة في الكل احتياطاً. وقالوا: يتمها جمعة.

وفي «الحقائق»: إذا أدركه في ركوع الركعة الثانية يقضي ركعتين اتفاقاً.

ولفظ «التشهد» شامل تشهد الجمعة، والتشهد الذي بعد سجود السهو.

ولهما: قوله صلى الله عليه وسلم: «من أدرك الإمام في التشهد يوم الجمعة، فقد أدرك الجمعة»، والمراد من القعود فيما رواه

محمد قعود بعد الصلاة؛ لأنه لم يقل قعوداً في الصلاة.

(وَلَوْ كَانَ فِيهَا) أي: في الجمعة، (فَتَذَكَّرَ الْفَجْرَ) أي: عدم أدائه (حَكَمَ بِالْمُضِيِّ) أي: محمد بإتمام الجمعة (إِنْ فَاتَتْ هِيَ لَا الظُّهْرُ) أي: إن خاف عن فوت الجمعة دون الظهر إن صلى الفجر (وَقَدِّمًا الْفَجْرَ) أي: قال: يبدأ بالفجر.

قيد بـ«فوات الجمعة دون الظهر»؛ لأنه لو علم أنه إن صلى الفجر يدرك الجمعة مع الإمام بدأ بالفجر اتفاقاً. وإن علم أنه يفوت عنه الظهر لا يبدأ بالفجر اتفاقاً.

له: أن الجمعة فرض الوقت، فإذا فات بقضاء الفجر يسقط الترتيب.

ولهما: أن فرض الوقت هو الظهر، وهو غير فائت.

(وَتَفْرِيقُ الْجَوَامِعِ غَيْرُ جَائِزٍ) يعني: أداء الجمعة في مصر واحد لا يجوز إلا في جامع واحد عند أبي حنيفة؛ لأن الجمعة جامعة للجماعات، فلا يجوز التفريق.

وفي «الخلاصة»: تفريق صلاة العيد جائز اتفاقاً.

(وَيَشْتَرِطُ لِاثْنَيْنِ) أي: يشترط أبو يوسف لجواز أداء الجمعة في جامعين (فَقَطَّ حَيْلُولَةَ نَهْرٍ) أي: أن يكون في بلدة فيها نهر كبير كبغداد ليصير كمصرين؛ وإن لم يكن بهذه الصفة، فصلوا في موضعين، فالسابقة صحيحة؛ وإن أدوا معاً، أو جهلوا السابقة بطلنا عنده.

(وَأَجَازَهُ مُطْلَقًا) أي: أجاز محمد تفريق الجوامع، سواء وجد فيه نهر أو لا؛ لأن المصير الواحد إذا تباعد يكون كل طرف كمصر، فيجوز تيسيراً للناس، وهو رواية عن أبي حنيفة، كذا في «الكفاية».

(وَلَمْ يُقَدِّرُوا ثَلَاثَةَ أَمِيَالٍ إِلَى الْجَامِعِ لِلْوُجُوبِ عَلَى الْخَارِجِ) يعني: لم يشترط علماءنا في وجوب الجمعة على من هو خارج عن المصر بينه وبين الجامع ثلاثة أميال، وشرطه مالك؛ لأن هذا القدر قريب تابع للمصر، فيتناوله الأمر بالسعي، وإذا زادت على الثلاثة [44ظ] يلزمه الحرج.

(فَهِيَ عَلَى الْقَرْيِ) يعني: الجمعة واجبة عند أبي حنيفة على أهل كل قرية (يُجَبِّي) أي: يجمع (خَرَّاجُهَا مَعَ الْمِصْرِ) أي: مع خراجها؛ لأنها حينئذ تكون تابعة للمصر، فأهلها يكون كأهله.

(وَيُحَكِّمُ بِهِ) أي: أبو يوسف بوجوب الجمعة (عَلَيْهِمْ) أي: على أهل المصر حال كونهم (مَشْمُولِينَ بِسُورٍ). وهو الحد الذي من فارقه يثبت له حكم السفر، ومن وصل إليه يثبت له حكم الإقامة؛ لأن الخارج من هذا الحد لا يكون من أهل المصر حقيقة وحكمًا، فلا يجب عليهم الجمعة.

(وَشَرَطَ) أي: محمد لوجوب الجمعة (سَمَاعَ النَّدَاءِ) أي: إمكان أن يسمع نداء الجمعة من أعلى المواضع، لقوله صلى الله عليه وسلم: «الجمعة على من سمع النداء».

وقيل: يجب على من بينه وبين المصر فرسخ، وعليه الفتوى من «الحقائق».

(وُخْرُوجُ الْإِمَامِ قَاطِعٌ لِلصَّلَاةِ وَالْكَلامِ) عند أبي حنيفة. عبارة الخروج واردة على عادة العرب من أنهم يتخذون للإمام مكاناً خالياً تعظيماً لشأنه، فيخرج منه إذا أراد الصعود، هكذا شاهدناه في ديارهم، والقاطع في ديارنا يكون قيام الإمام للصعود.

(وَأَجَازَهُ) أي: الكلام. قيد به؛ لأن الصلاة غير جائزة اتفاقاً بعد خروجه (إِلَى الْخُطْبَةِ) المراد بالصلاة: النافلة؛ لأن قضاء الفائتة جائز اتفاقاً. والمراد بالكلام: كلام الناس دون التسييح ونحوه.

وقيل: المراد به إجابة المؤذن. وأما غيره من الكلام، فغير جائز اتفاقاً.

وقيل: المراد به: مطلق الكلام، والأول أصح، كذا في «الكفاية».

لهما: قوله صلى الله عليه وسلم: «خروج الإمام يقطع الصلاة، وكلامه يقطع الكلام، قسم صلى الله عليه وسلم»، والقسمه يقطع الشركة.

وله: قوله صلى الله عليه وسلم: «إذا خرج الإمام لا صلاة ولا كلام»؛ ولأن الكلام قد يمتد، فيؤدي إلى اختلال استماع الخطبة، فيكون ممنوعاً. وأما البعيد عن استماعها، فالأحوط له السكوت. واختلف في جلوس الإمام إذا سكت، فعند أبي يوسف: يباح له الكلام. وعند محمد: لا.

وفي «القنية»: الكلام في خطبة العيد غير مكروه اتفاقاً.

(وَمَنْعُهُ) أي: مستمع الخطبة (عَنْ رَدِّ السَّلَامِ وَالسُّنَّةِ). وقال الشافعي: يجوز له أن يرد السلام، ويصلي السنة؛ لأن رد السلام واجب، فلا يجوز تركه، وقد روي: «أنه صلى الله عليه وسلم كان يخطف، فدخل سليك، فأمره أن يصلي ركعتين»¹. لنا ما رواه أبو حنيفة قريباً، وحديث سليك كان قبل المنع عنه، ولئن سلم أنه كان بعده، فقد روي: «أنه صلى الله عليه وسلم سكت حتى صلى ركعتين»، فصار كأنه في غير حال الخطبة.

(وَيَجْعَلُهَا) أي: أبو يوسف السنة (بَعْدَهَا سِتًّا) أي: بعد الجمعة ست ركعات، (وَهُمَا أَرْبَعًا كَأَلْتِي قَبْلَهَا).

قيد بقوله: «بعدها»؛ لأن النفل قبلها أربع اتفاقاً.

له ما روي: «أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يصلي بعد الجمعة أربعاً، ثم يصلي ركعتين إذا أراد أن ينصرف»². ولهما ما روي: «أنه صلى الله عليه وسلم قال: من شهد منكم الجمعة، فليصل أربعاً قبلها، وبعدها أربعاً»³، فلما تعارض الحديثان رجح قوله على فعله.

ثم اختلفوا في نية تلك الأربع؟

قيل: ينوي السنة، والأحسن الأحوط في موضع يشك في جواز الجمعة، وثبوت شرطها أن يقول: «نويت أن أصلي آخر ظهر أدركت وقته ولم أصله بعد».

وقيل: المختار أن يصلي الظهر بهذه النية، ثم يصلي أربعاً بنية السنة، كذا في «القنية».

(فصل) في صلاة العيدين وتكبيرات التشريق

(تَجِبُ صَلَاةُ الْعِيدِ) على من يجب عليه الجمعة. إنما وجبت لأنه صلى الله عليه وسلم واظب عليها من غير ترك (مَنْ ارْتَفَاعِ الشَّمْسِ إِلَى الزُّوَالِ). هذا بيان لوقتها؛ لما روي: «أنه صلى الله عليه وسلم صلى العيد والشمس قدر رمح»⁴، «وأخر الصلاة إلى الغد حين شهدوا برؤية هلال شوال بعد الزوال»⁵. ولو كان الوقت باقياً بعده لما أخرها.

(فَيَقْضِيهِ) من يجب عليه صلاة العيد (الْمُصَلِّي، وَهُوَ غَيْرُ مُكَبِّرٍ جَهْرًا) يعني: لا يجهر بالتكبير في طريق عيد الفطر عند أبي حنيفة. وقالوا: يجهر كما يجهر في الأضحى.

وله: أنه ثناء، والأصل فيه الإخفاء، إلا أن الشرع ورد بالجهر في الأضحى؛ لكونه يوم تكبير، ولا كذلك الفطر، كذا في «شرح المصنف».

أقول: الظاهر أن هذه الجملة الاسمية حال، وكان ينبغي أن لا يقصد بها الخلاف على أن الخلاف في جهر تكبير الفطر دون الأضحى، وعبارته وقعت عامة، فلا قرينة تخصيصها بالفطر.

(وَنَكَرَهُ التَّنْفُلُ قَبْلَهَا) أي: قبل صلاة العيد. وقال الشافعي: لا يكره.

قيد بقوله: «قبلها»؛ لأن التنفل بعدها غير مكروه اتفاقاً.

قيل: يكره في المصلي خاصة، والأصح أنه مكروه فيه وفي غيره، كذا في «الحانية».

له: أنه صلاة الضحى، وفضيلتها جزيلة.

لنا ما روي: أنه صلى الله عليه وسلم قال: «لا صلاة في العيدين قبل الإمام»⁶.

(وَيُعْجَلُ الْأَكْلُ) في عيد الفطر، (وَيُؤَخَّرُهُ فِي الْأَضْحَى، وَيَتَطَيَّبُ، وَيَتَزَيَّنُ) يعني: يستحب هذه الأفعال؛ لأنه صلى الله

عليه وسلم كان يفعل كذا.⁷

¹ صحيح البخاري، الجمعة 30؛ سنن الترمذي، الصلاة 367 بمعناه.

² صحيح مسلم، الجمعة 68؛ سنن الترمذي، الصلاة 376 بمعناه.

³ لم نجده بهذا اللفظ، رواه الترمذي بمعناه بغير ذكر صلاة بعدها، انظر: سنن الترمذي، الصلاة 376. وقد روي من فعله صلى الله عليه وسلم، انظر: المعجم الأوسط للطبراني، 172/2؛ 196/4. وروي من توصية ابن مسعود، انظر: المعجم الكبير للطبراني، 310/9.

⁴ نصب الراية للزيلعي، 211/2، وقال غريب.

⁵ سنن أبي داود، الصيام 14؛ سنن النسائي، صلاة العيدين 2؛ سنن ابن ماجه، الصيام 6 بمعناه.

⁶ الفردوس للديلمي، 196/5.

⁷ مسند أحمد بن حنبل، 360/5؛ المستدرک للحاكم، 230/4.

(وَيَزِيدُ فِي الْأُولَى) أي: في الركعة الأولى¹ (بَعْدَ الْإِفْتِاحِ ثَلَاثُ تَكْبِيرَاتٍ) قبل القراءة، ويسكت بين كل تكبيرتين مقدار ثلاث تسييحات، (لَا سَبْعًا يَتَحَلَّلُهَا الذِّكْرُ) يعني: قال الشافعي: يكبر بعد تكبيرة² الافتتاح سبع تكبيرات يذكر الله بينهن.
(وَفِي الثَّانِيَةِ بَعْدَ الْقِرَاءَةِ ثَلَاثًا). هذه مسألة أخرى، يعني: عندنا يزيد في الركعة الثانية ثلاث تكبيرات بعد القراءة، ويكبر رابعة يركع بها، (لَا خَمْسًا قَبْلَهَا). يعني: عند الشافعي: يكبر خمس تكبيرات قبل القراءة، ويذكر الله بينهن؛ لما روي: «أنه صلى الله عليه وسلم فعل» كما ذكره³ وتمسكنا أيضًا بما روي: «أنه صلى الله عليه وسلم فعل»⁴ كما ذكرنا، فلما تعارض الروايتان أخذ أئمتنا الأقل؛ لكون التكبيرات الزوائد، ورفع الأيدي خلاف المعهود في الصلاة.
(وَيَرْفَعُ فِيهَا) أي: في تكبيرات الزوائد (يُدِيهِ) لقوله صلى الله عليه وسلم: «لا يرفع الأيدي إلا في سبع مواطن»، وذكر منها تكبيرات العيدين.

(وَلَا تُقْضَى) صلاة العيد (لِقَوْتِهَا) بأن صلى الإمام ولم يدركه؛ لأن لها شرائط لا يقدر المنفرد على تحصيلها. وأما إذا فاتت عن الإمام أيضًا، فإنها تقضى كما سيجيء.
(وَيَأْمُرُ) أبو يوسف (مَنْ أَدْرَكَ الرُّكُوعَ) أي: ركوع صلاة العيد (بِالتَّسْبِيحِ فِيهِ)؛ لأن الركوع محل التسبيح، ومحل التكبيرات كان القيام، وقد فات عنه.

(وَهُمَا بِالتَّكْبِيرِ) يعني: فالأولى تكبير تكبيرات العيد ما دام الإمام راکعًا؛ لأن الركوع قيام من وجهه. ألا يرى أن من أدرك الإمام في الركوع يكون مدرکًا لتلك الركعة، والركعة اسم لما يشتمل على القيام والركوع والسجود، والتكبيرات واجبة، فيكون الإتيان بها أولى. ولو رفع الإمام رأسه بعد ما أدى بعض التكبيرات، يتابع الإمام، ويسقط عنه التكبيرات الباقية، من «المصفي».
(وَيُؤَخَّرُ الْفِطْرُ) أي: صلاة عيد الفطر (إِلَى غَدِهِ لِعُدْرِ) كما إذا شهدوا بعد الزوال برؤية الهلال أو قبله، بحيث لا يمكن جمع الناس. يفهم من قوله: «إلى غده» أنها لا تؤخر إلى بعد الغد؛ لأن الأصل فيها أن لا تقضى كالجمعة، إلا أنا تركناه؛ لما روي: «أنه صلى الله عليه وسلم أخرها إلى الغد»⁵ ولم يرو أنه صلى الله عليه وسلم أخرها إلى ما بعد الغد، فبقي على الأصل.
(وَالأَضْحَى إِلَى مَا بَعْدَهُ) يعني: يؤخر صلاة عيد الأضحى إلى ما بعد غده (أَيْضًا) أي: كتأخيرها إلى الغد؛ لأن صلاتها موقوفة بوقت الأضحية، فيجوز ما دام وقتها باقيًا.

وفي «التبيين»: قيد العذر ههنا لنفي الكراهة، حتى لو أخرها إلى ما بعد الغد من غير عذر جازت الصلاة، وقد أسأوا.
(وَيُخَطَّبُ بَعْدَهَا) أي: الإمام بعد صلاة العيد خطبتين (تُنْتَهِيْنَ يُعَلِّمُ فِي كُلِّ مِنْهُمَا حُكْمَهُ) يعني: يعلم الإمام الناس في خطبة عيد الفطر صدقة الفطر وأحكامها، وفي خطبته يوم الأضحى أحكام الأضحية وتكبير التشريق.
(وَالتَّكْبِيرُ) أي: وقت تكبير التشريق (مِنْ فَجْرِ عَرَفَةَ إِلَى عَصْرِ النَّحْرِ) عند أبي حنيفة، (وَحَتْمًا بِهِ) أي: بالتكبير (آخِرَ أَيَّامِ التَّشْرِيقِ) أي: في عصر يوم الثالث. وتمسك كلا القولين رواية فعل النبي صلى الله عليه وسلم؛ لكن أبو حنيفة اختار رواية الأقل؛ لكون الأصل في الأذكار الإخفاء، واختار رواية الأكثر احتياطًا؛ لأن التكبير عبادة.
وفي «الحقائق»: محل الخلاف التكبير جهراً. ويستدل بهذا على كراهة الذكر جهراً. وقد صح أن ابن مسعود قال لقوم مجتمعين يهللون برفع الصوت: «ما أراكم إلا مبتدعين حتى أخرجهم من المسجد»⁶ فإن قالوا: رفع الصوت بالذكر جائز، ذكره في «الحقائق».

قلت: أدنى درجات الاختلاف إراث الشبهة ينبغي أن يجتنب عنه من ادعى سلوك طريق الروع.
(وَلَمْ نَبْدَأْ بِظَهْرِ النَّحْرِ إِلَى فَجْرِ آخِرِهَا) يعني: قال الشافعي: مبدأ التكبير عقيب ظهر يوم النحر، ويختم عقب الصبح في آخر أيام التشريق: لما روى أن ابن عمر قال كذا؛ لكن ما تمسك به أئمتنا هو المشهور.

¹ ح - أي: في الركعة الأولى.

² ح - بعد تكبيرة.

³ سنن ابن ماجه، إقامة الصلاة 156؛ السنن الكبرى للنسائي، 285/3؛ صحيح ابن خزيمة، 346/2.

⁴ مصنف عبد الرزاق، 293/3؛ شرح معاني الآثار، 347/4، بمعناه عن ابن مسعود فعله.

⁵ سنن أبي داود، الصيام 14؛ سنن النسائي، صلاة العيدين 2؛ سنن ابن ماجه، الصيام 6 بمعناه.

⁶ لم نجده إلا في المحيط البرهاني لابن مازة، 314/5.

(وَهُوَ عَلَى الْمُقِيمِينَ) أي: التكبير واجب عليهم عند أبي حنيفة (بِالْمُصْرِ)، فلا يجب على أهل القرى (عَقِيبَ أَدَاءِ مَكْتُوبَةٍ). فلا يجب بعد النوافل وبعد الوتر أيضًا؛ فإنه وإن¹ كان واجبًا عنده؛ لكنه غير مكتوبة. وفي قوله: «عقيب» إشعار بأنه مشروط بأن لا يتخلل ما يقطع حرمة الصلاة، حتى لو قام، وخرج من المسجد، أو تكلم، فإنه لا يكبر. ولو قام ولم يخرج من المسجد، فإنه يكبر، كذا في «التحفة».

(بِجَمَاعَةٍ) فلا يجب على المنفرد (مُسْتَحْتَبَةً) فلا يجب على النساء إذا صلين بجماعة.

(وَأَقْتَصَرَ عَلَى أَدَائِهَا) يعني: قالوا: يجب على كل من يصلي المكتوبة على أي وجه كانت؛ لأنها شرعت تبعًا للمكتوبة، فيؤديها كل من يؤديها.

وله: أن الجهر بالتكبير ثبت [45ظ] على خلاف القياس، والنص الذي ورد به كان جامعًا لهذه الشروط، فينبغي أن يراعى جميعها.

(فَتَكْبِيرُ الْمُعْهُودِ) يعني: تكبير التشريق عندنا ما هو المعهود والمأثور من الخليل عليه السلام، وهو أن يقول مرة: «الله أكبر، الله أكبر، لا إله إلا الله، والله أكبر، الله أكبر، ولله الحمد»؛ لما روي: «أن الله تعالى أمر جبريل عليه السلام أن يذهب إلى إبراهيم بالفداء، فرآه أضجع ابنه للذبح، فقال: الله أكبر، الله أكبر كيلا يعجل بالذبح، فلما سمع إبراهيم صوته علم أنه يأتيه بالبيشارة، فقال: لا إله إلا الله، والله أكبر، فلما سمع إسماعيل كلامهما، علم أنه فدي، فقال: الله أكبر، ولله الحمد».² هكذا ثبت من الأجلاء، فلا ينبغي أن يترك بعضه، كذا في «المحيط».

(لَا ثَلَاثًا فَقَطُّ) يعني: عند الشافعي: يقول ثلاث مرات: «الله أكبر»، ولا يزيد عليها؛ لأن المنصوص عليه هذا التكبير.

(فصل) في صلاة الكسوف والخسوف

(يُجَمِّعُ إِمَامُ الْجُمُعَةِ النَّاسَ فِي الْجَامِعِ، أَوْ فِي الْمَصَلَّى، وَيصَلِّي بِهِمْ (بِغَيْرِ خُطْبَةٍ)، وَلَا أَدَانَ، وَلَا إِقَامَةً³، (لِلْكَسُوفِ)؛ لما روي: «أنه صلى الله عليه وسلم صلى بالناس في الكسوف بغير خطبة، ودعا حتى انجلت الشمس»⁴ (لَا الْخُسُوفِ) يعني: لا يصلي الإمام بالناس لخسوف القمر؛ لتعذر اجتماعهم ليلاً.

(وَالْأَمْرُ) أي: إن لم يجتمع الإمام في الكسوف، (صَلَّى النَّاسُ فَرَادَى، وَنُصَلِّي رَكَعَتَيْنِ يَرْكُوعَيْنِ لَا بِأَرْبَعَةٍ). يعني: عند الشافعي: يركع في كل ركعة ركوعين بقيامين، يقرأ بالفاتحة والبقرة بمخافتة في القيام الأول، ثم يركع، ثم يقوم، ثم يقرأ آل عمران بغير فاتحة، ثم يقرأ في القيام الأول من الركعة الثانية سورة النساء، وفي قيامها الثاني المائة⁵. كذا في «خلاصتهم» وغيره. وعلى هذا كان على المؤلف أن يردف قوله: لما روي أنه صلى الله عليه وسلم صلى صلاة الكسوف هكذا⁶.

لنا⁷: ما روي: «أنه صلى الله عليه وسلم صلى صلاة الكسوف بركوعين، وأطال في قيامه وركوعه وسجوده»⁸، والرجحان لهذه الرواية لكونها موافقة للأصول؛ لأننا لم نجد ركعة إلا بركوع واحد.

(وَيُطَوَّلُ الْقِرَاءَةَ)، ويخفف الدعاء، وهذا بيان للأفضلية. (وَالْإِمَامُ يُخَافِتُ) في صلاة الكسوف عند أبي حنيفة رحمه الله⁹؛ لما روي: «أنه صلى الله عليه وسلم خافت في صلاة الكسوف»¹⁰.

(وَيَأْتُرُ بِالْجَهْرِ) أي: أبو يوسف بجهر الإمام؛ لما روي «أنه صلى الله عليه وسلم جهر بالقراءة في صلاة الكسوف»¹، ولكن الرجحان للرواية الأولى لقوله صلى الله عليه وسلم: «صلاة النهار عجماء»²، أي: ليس فيها قراءة مسموعة. كذا في «شرح المصنف».

¹ وفي هامش ح: وصل.

² لم نجده في كتب الحديث، رواه النسفي في تفسيره (41/4) بمعناه، قال الزبلي في نصب الراية (224/2): لم أجده مأثورًا عن الخليل.

³ د: وإقامة.

⁴ سنن أبي داود، الاستسقاء 9؛ صحيح ابن خزيمة، 310/2.

⁵ سنن الترمذي، الصلاة 396.

⁶ صحيح البخاري، الكسوف 4، 9؛ صحيح مسلم، صلاة الكسوف 1، 3، 17 بمعناه.

⁷ د: ولنا.

⁸ صحيح البخاري، الكسوف 2؛ صحيح مسلم، صلاة الكسوف 1، بمعناه.

⁹ ح - رحمه الله.

¹⁰ سنن النسائي، الكسوف 19؛ سنن الترمذي، الصلاة 397.

وقال فيه: الجملة الاسمية الواقعة حالاً كانت لا يدلُّ على الخلاف؛ لكن دلت ههنا بإرداف قول أبي يوسف. **أقول:** قوله: «ويأمر بالجهر» يدلُّ على أنَّ الإمام لا يجهر عند صاحبيه، فلا يكون قرينةً على أنَّ الجملة الاسمية الواقعة حالاً تدلُّ على قول أبي حنيفة بعد تصريحه في صدر الكتاب: أنَّها لا تدلُّ³ على الخلاف، والإردافُ إنّما يكون بعد فهم الحكم من الجملة، عجباً من المصنف أنه جعل الإردافَ قرينةً على فهم المذهب. والحاصل: إنّ جعل الجملة الاسمية حالاً ههنا غيرُ مناسبٍ، وعلى تقدير مناسبتة غيرُ دالٍّ على الخلاف. وعلى تقدير دلالة كان عليه أن يشير إليه في ديباجته، فينبغي أن لا⁴ يجعل⁵ الجملة الاسمية حالاً، بل كلاماً مستأنفاً؛ لأنَّ قوله: «ويطول» شاملٌ للمنفرد أيضاً.

(ثُمَّ يَدْعُو إِلَى الْأَنْجِلَاءِ) أي: انجلاء الشمس.

(فصل) في الاستسقاء

وهو: طلبُ المطر عند طول انقطاعه.

(الاستسقاءُ دعاءٌ واستغفارٌ) وليس فيه صلاةٌ مسنونةٌ عند أبي حنيفة؛ لما روي «أنه صلى الله عليه وسلم استسقى من غير أن يصلي»⁶.

(وأمرًا بركعتين كالعيد بقراءةٍ جهريّةٍ وخطبيّةٍ) وتكبيراتٍ زوائدٍ، كما في صلاة العيد.

(ويستقبل بالدعاء) إلى القبلة قائماً، والناسُ قعوداً مستقبلياً القبلة.

(والإمام لا يقلب رداءه) عند أبي حنيفة؛ لأنَّ المشهورَ عن النبي صلى الله عليه وسلم في الاستسقاء الدعاء بلا صلاةٍ ولا قلبٍ رداءً.

(وأمره به) أي: قال محمدٌ: يقلبُ الإمامُ رداءه. وصفته: إن كان مرثعاً يجعلُ أعلاه أسفله، وإن كان مدوِّراً كالجبةٍ يجعلُ جانبَ الأيمن على الأيسر؛ لما روي «أنه صلى الله عليه وسلم صلى في الاستسقاء، وقلب رداءه»⁷. لعل تقلبه صلى الله عليه وسلم كان للتناول؛ لينقلب حالهم من القحط إلى الخصب.

(ومنعوا منه) أي: من قلب الرداء (المأموم). وقال مالكٌ: يقلبُ القومُ أردبتهم موافقةً للإمام.

قيل: ينبغي أن يخرجوا ثلاثة أيامٍ متتابعةٍ مع الصبيان وجميع دوابهم والنسوة، ويقعد كلٌّ من الرجال والنساء والصبيان في موضعٍ، فيتضرعون⁸، ويبعدون الأطفال عن أمهاتهم.

(والذميّ الحضور) يعني: منعوا الذميّ من حضور الاستسقاء مع النَّاس. وأجازه مالكٌ؛ لأنَّ الكفار قد يستجاب دعاؤهم في اليئدة، قال الله تعالى: [46] ﴿فَإِذَا رَكِبُوا فِي الْفُلْكِ دَعَا اللَّهُ مُخْلِصِينَ لَهُ الدِّينَ فَلَمَّا نَجَّاهُمْ إِلَى الْبَرِّ﴾ [العنكبوت، 65/29].

لنا⁹: إنّ الاستسقاء طلبُ الرِّحمة، والكفار من أهل السخط والنقمة، ولا يصلح حضورهم في ذلك الوقت.

(فصل) في التراويح

لو ذكر هذا الفصل عقيب فصل النوافل؛ لكان أنسب.

¹ صحيح البخاري، الكسوف 19؛ صحيح مسلم، صلاة الكسوف 5.

² لم نجده مرفوعاً، وقد روي من قول مجاهد وأبي عبيدة والحسن، انظر: مصنف عبد الرزاق، 493/2.

³ د: يدل.

⁴ د - لا.

⁵ د: نجعل.

⁶ لم نجده. قال الزيلعي في نصب الراية (238/2): أما استسقاءه عليه السلام، فصحيح ثابت، وأما إنه لم يرو عنه الصلاة، فهذا غير صحيح؛ بل صح أنه صلى فيه، كما سيأتي، وليس في الحديث أنه استسقى، ولم يصل؛ بل غاية ما يوجد ذكر الاستسقاء دون ذكر الصلاة، ولا يلزم من عدم ذكر الشيء عدم وقوعه. وقال ابن مازة في المحيط البرهاني (139/2): أن عمر رضي الله عنه لم يصل في الاستسقاء، وعلي رضي الله عنه كذلك، ولو كانت بهذا سنة مشهورة لما خفيت عليهما.

⁷ صحيح البخاري، الاستسقاء 4؛ صحيح مسلم، صلاة الاستسقاء 2.

⁸ د: ويتضرعون.

⁹ د: ولنا.

(يسنُّ للناس الاجتماعُ) اختار لفظ «يسن» ، وقد قال **القُدوريُّ**: يستحبُّ؛ لأنَّ التراويحَ سنَّةٌ في الأصحِّ؛ لمواظبة الخلفاء الراشدين عليه، وقد قال صلى الله عليه وسلم: «عليكم بسنتي وسنَّة الخلفاء الراشدين من بعدي»¹. (في شهر رمضان بعد العشاء) قيَّد به؛ لأنَّ أدائه قبل العشاء لا يجوز في الصَّحيح. وأما قبل الوتر وبعده؛ فجازئ، وهو مختار صاحب «الهداية».

(ويصلوا) أي: أن يصلوا، وهو معطوفٌ على الاجتماع، وفي بعض النسخ: (ليصلوا). (خمس ترويحَاتٍ). التَّرويحَةُ: اسمٌ للجلسة التي بعد الأربع لاستراحة الناس، ثم سَمِّي كلُّ أربع ركعاتٍ ترويحَةً مجازًا. (بعشر تسليماتٍ، ويجلسوا بين كلِّ ترويحتين قدرَ واحدةٍ) أي: ترويحَةٍ واحدةٍ، (ثم يوتروا بجماعةٍ). وهذا اللفظُ يدلُّ على أنَّ التراويحَ يصلَى قبل الوتر، وهو مختارٌ مشايخ بخارى. وقال الإمامُ النسفيُّ: الصَّحيحُ: أنَّه لو صلَّى التراويحَ قبل العشاء لا يكون تراويح.

(ويختصُّ به) أي: الوترُ بجماعةٍ يختصُّ² بشهر رمضان؛ لانعقاد الإجماع عليه.

(فصل) في صلاة الخوف

(لا يجيز) أبو يوسف (صلاة الخوف بعده) أي: بعد النبي صلى الله عليه وسلم؛ لأنها إنَّما شرعتْ بخلاف القياس لإحراز فضيلة الصلاة خلف النبي صلى الله عليه وسلم، وهذا المعنى انعدم بعده.

ولهما: ما روي: «أنَّ حذيفةً صلى صلاة الخوف بطبرستان»³، وكان ذلك بحضرة الصَّحابة، فلم ينكروها، ولو كانت مخصوصةً لَمَا صلَّوها. وحوادثها خلف النبي صلى الله عليه وسلم لم تكن لإدراك الفضيلة، بل كان لقطع المنازعة عند قول كلِّ منهم: أنا أصلي مع الإمام، والمنازعة تحتمل⁴ أن توجد⁵ بعده صلى الله عليه وسلم.

(وَنُصِّوْرُهَا) أي: صلاة الخوف (أن يفترقوا طائفتين) أي: بأن يجعل الإمام العسكر طائفتين (للصلاة والعدو) يعني: طائفة يقفون في وجه العدو، وطائفة يقتدون بالإمام، (فيصلي بإحداهما) وهم الذين اقتدوا به (ركعةً، وتمضي⁶) يعني: إذا أتمَّ الإمام الركعة الأولى تمضي⁸ هذه الطائفة، ويقف في وجه العدو، (وبالأخرى الأخرى) يعني: تأتي⁹ الطائفة الواقفون، فيصلي الإمام بهم الركعة الثانية، ويتشهد ويسلم، ولم يصلوا، ويمضون¹⁰ إلى وجه العدو، (ثم تأتي¹¹ الألاحقة) وهم الذين صلوا مع الإمام الركعة الأولى، (فتؤدِّي ركعتها) الثانية (بغير قراءة)؛ لأنَّ اللاحق في حكم المقتدي، فيتشهدون، ويسلمون، ويمضون إلى وجه العدو، (ثم المسبوقة) يعني: تأتي¹² الطائفة التي صلوا مع الإمام الركعة الثانية (ركعتها بها) أي: يصلوها بقراءة؛ لأنَّ المسبوق في حكم المنفرد، فيتشهدون، ويسلمون؛ لما روي «أنَّ النبي صلى الله عليه وسلم صلَّى صلاة الخوف هكذا»¹³.

(لا بأن ينتظر) يعني: يُصَوِّرُهَا الشافعيُّ بأنَّ الإمام إذا أتمَّ الركعة الأولى ينتظر؛ (ليتَمَّ الأولى ركعتها) يعني: حتى يصلِّي الطائفة الأولى ركعتها الثانية، ويسلمون، ويذهبون¹⁴، (فيصلي بالثانية) أي: بالطائفة الثانية، وهم الواقفون (ركعتَه) الثانية، (ثم هي ركعتها) ثم ينتظر الإمام إذا رفع رأسه من السجدة الثانية حتى يصلوا ركعتهم الثانية، (ويسلم بها) أي: الإمام بالطائفة الثانية بعد التشهُّد.

¹ سنن الترمذي، العلم 16؛ سنن ابن ماجه، المقدمة 6.

² د - يختص.

³ سنن أبي داود، السفر 18؛ سنن النسائي، صلاة الخوف 1.

⁴ د: يحتمل.

⁵ د: يوجد.

⁶ ح: ويمضي.

⁷ ح - يعني.

⁸ ح: يمضي.

⁹ ح: يأتي.

¹⁰ د: تسلموا وتمضون.

¹¹ ح: يأتي.

¹² د: يأتي.

¹³ صحيح البخاري، صلاة الخوف 1؛ صحيح مسلم، صلاة المسافرين 305، 307 بمعناه.

¹⁴ د: وتسلمون وتذهبون.

(ولم يأمرُوا هذه) أي: الطائفة الثانية (وحدها بركعتها بعده). يفهم منه أن مذهب مالك في الطائفة الأولى كمذهب الشافعي في الانتظار، وإنما المخالفة في الركعة الثانية، حيث كان ينتظر الإمام عند الشافعي حتى تصلي¹ الطائفة الثانية ركعتهم، ولا ينتظرهم² عند مالك، فيسلم الإمام وحده، ويقومون لقضاء الركعة الأولى. وهذان المذهبان روايتان عن النبي صلى الله عليه وسلم، لكن فيهما انتظار الإمام للمأموم، وركوع المومئ وسجوده قبل الإمام، وكلاهما خلاف الأصل، فيكون ما رواه أرجح.

(ولم نوجب حمل سلاح) في صلاة الخوف (لخطر) أي: لشدة الخوف. وقال الشافعي: يجب. قيد بـ«الخطر» تحقيقاً لمذهب الشافعي؛ لكون الوجوب متعلقاً به عنده.

له: قوله تعالى: ﴿وَلْيَأْخُذُوا حِذْرَهُمْ وَأَسْلِحَتَهُمْ﴾ [النساء، 102/4].

ولنا: إنَّ الحمل ليس من أعمال الصلاة، فلا يكون واجباً فيها، والأمر في الآية محمول على الندب.

(ونبطلها) أي: الصلاة (بالقتال فيها). وقال الشافعي: لا تبطل؛ لأنَّ الأمر بأخذ السلاح ليس إلا لجواز القتال فيها.

ولنا: إنَّه عملٌ كثيرٌ منافٍ للصلاة، والأخذ لإرهاب العدو، لا لجواز القتال فيها.

(ويصلي بالأولى نيتين من المغرب وبالثانية الثالثة) يعني: يصلي الإمام المغرب بالطائفة الأولى ركعتين، وبالثانية ركعة؛ لأنَّ الركعتين شطر المغرب، ولهذا شرع القعود عقبيهما. [46ظ] ولو أخطأ الإمام المغرب³، فصلى بالأولى ركعة، وبالثانية ركعتين؛ فسدت صلاة الطائفتين. كذا في «الكافي».

(وإذا كان) الإمام (مقيماً صلى بكلِّ) أي: بكلِّ طائفة (شفعاً في الرباعية).

(ويستقط التوجه) إلى القبلة، (والنزول) عن دوابهم (والجماعة، فيؤدُّون إيماءً عند شدة الخوف). المراد بها: أن لا يدعهم العدو أن⁴ يصلوا نازلين؛ بل يهجمونهم بالمحاربة، فعلم منه أنَّ نفسَ الخوف كافٍ لجواز صلاته، حتى لو رأوا سواداً، فظنوا أنَّهم العدو، فصلوا، فإن ظهر أنهم العدو؛ جازت، وإلا فلا. كذا في «المحيط».

(فصل) في الجنائز

(بوجهه) إلى القبلة (المحتضراً) وهو: من حضره ملائكة الموت. وعلامته: أن يسترخي قدماه، ويتعوَّج أنفه، وينخسف صدغاه. (يميناً) أي⁵: على جانبه الأيمن؛ لأنَّ في القبر كان يوضع كذا. وهذه الحالة قريبة منه، فتأخذ حكمه. واختار بعض مشايخنا الاستلقاء على قفاه؛ لأنه أسهل لتغميض عينيه، وشدَّ لحيته، وخروج روحه، وهو المعتاد في زماننا، ولكن يُرفع رأسه قليلاً؛ ليصير وجهه إلى القبلة.

(ونلقنه الآن) أي: حال كونه محتضراً، (لا بعد التلحيد) يعني: قال الشافعي: يلحق بعد الدفن؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «لقنوا موتاكم بشهادة أن لا إله إلا الله»⁶.

ولنا: إنَّ الاحتضارَ وقتٌ يتعرض فيه الشيطانُ لإفساد اعتقاده، فيحتاج إلى مدكِّر، والمراد من قوله: «موتاكم»: من يقرب إلى الموت مجازاً.

(فإذا قضى) أي⁷: مات (شدَّ لحياه، وغمض عيناه) لتحسين صورته، (وغسل) ثلاثاً؛ لأنَّه ينجس بالموت كسائر الحيوانات الدموية، إلا أنه يطهرُ بالغسل كرامةً له. ولو وجد ميتٌ في الماء؛ فلا بُدَّ من غسله؛ لأنَّ الخطاب بالغسل توجَّه على بني آدم، ولم يوجد منهم فعلٌ. كذا في «المحيط».

(على سريرٍ مجمَّرٍ وتراً) كفيته: أن يُدارَ السريرُ بالمجمر مرَّةً أو ثلاثاً أو خمساً، ولا يزداد عليها، ونفعله عند إرادة غسله إخفاءً للرائحة. (بماءٍ أعلي فيه سدرٌ) أو أشنانٌ مبالغةً في التطهير.

¹ ح: يصلي.

² د: تنتظرهم.

³ د - المغرب.

⁴ د: بأن.

⁵ ح - أي.

⁶ صحيح مسلم، الجنائز 1؛ سنن الترمذي، الجنائز 7.

⁷ د: يعني.

(ونأمُرُ بتعريه) أي: يجعل الميت عرياناً (غير العورة) يعني: يستر من الشرة إلى الركبة كعورة الحي. كذا قاله القدوري. وفي «الهداية»: الصحيح: أن المراد بها: العورة الغليظة تيسيراً، لكن يغسلها بخرقه في يده. وقال الشافعي: يغسل في قميصه؛ لأنه صلى الله عليه وسلم غُيِّلَ في قميصه¹.

ولنا: إنَّ الغسلَ بالتجريد يكون أنظفَ، وما رواه فمخصوصٌ بالنبيِّ صلى الله عليه وسلم؛ لأنهم أرادوا تجريدَهُ صلى الله عليه وسلم نودوا من الهاتف: «لا تجردوا نبيكم»².

وفي «الخانية»: الصغيرُ والصغيرةُ إذا لم يبلغا حدَّ الشهوة يغسلهما الرجال والنساء؛ لأنه ليس لأعضائهما حكمُ العورة. اعلم أن ما قاله الشافعي إذا كان كُمُ القميصِ واسعاً بحيث يدخل الغاسلُ يده، فإن كان ضيقاً يجزئُ بالاتفاق. (ونمنعُ مضمضته وتنشيقه) أي: الغاسلُ عنهما حين وضأه وضوءه للصلاة. وقال الشافعي: يمضمضُ الميت، فيستنشق؛ لأنَّ تمام الغسل للحيِّ كان بهما، فكذا للميت.

ولنا: إنَّ إدخال الماء في فم الميت وأنفه خرَجٌ، فيمنع عنه. اعلم أن الميت إذا³ كان صبيّاً لا يعقلُ لا يوضئه الغاسلُ؛ لأنه كان لا يصلي. (ويغسلُ رأسه ولحيته بخطمي)؛ لأنه أبلغُ في استخراج الوسخ. (ونمنعُ تسريحهما) أي: عن تسريح لحيّة الميت ورأسه بالمِشط، (وقصّ شاربه وظفره) والشافعي لا يمنعُ عنهما؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «اصنعوا بموتاكم كما تصنعون بعروسكم»⁴.

ولنا: إنَّ هذه الأشياءُ للزينة، والميتُ مستغني عنه، وما رواه محمودٌ على التَّجمير، والحيُّ على التَّطهير. (ويضجُ يساراً، فيغسلُ)؛ ليقع البدايةُ بغسل شقّه الأيمن، (ثم يمينا) أي: يضجُ على اليمين فيغسلُ، (ثم يجلس، فيمسح برقبتي) بطنه تحرُّراً عن تلويث الكفن؛ لأنه ربّما يكون في بطنه نجاسةٌ منعقدة، فتلَيّنت بالغسل مرتين بماءٍ حارٍّ. (ويكفي غسلُ المخرج) إذا خرج منه⁵ شيءٌ، ولا يعيدُ الغسلَ ولا وضوءه؛ لأنَّ غسلَهُ ما كان واجباً لرفع الحدث، بل كان لتطهيره عن تنجّسه بالموت، وقد حصل.

(وينشفُ) أي: يؤخذ بله بثوبٍ؛ [47و] لئلا يتلّ الكفُّ، (ثم يلفُّ) الميتُ في أكفانه، (ويجعل على رأسه ولحيته حنوطاً) وهو: عطّر مرَّكب من أشياء طيبة، ولا بأس بسائر الطيب غير الزعفران والوُزْء؛ لأنَّهما كانا مكروهين للرجال حال الحياة، فكذا بعد الممات. (وعلى مساجده) وهي: جبهته، وأُنْفُه، ويداها، وركبته، وقدماه، (كافور)؛ لما روي: «أنَّ ابنَ مسعود فعل كذا»⁶.

وفي «التجريد»: يوضع يدا الميت في جانبيه، ولا يوضعان على صدره؛ لأنه من عمل الكفار. (ونغطي رأسَ المحرم ووجهه) إذا مات. وقال الشافعي: لا يغطيان. فإن قلت: هذا مشكل؛ لأنَّ إحرامَ الرجل في رأسه، لا في وجهه عنده، وقد نصَّ في «الهداية»: أنه يجوز للمحرم الحيِّ عنده تغطية الوجه؟

قلنا: يحتمل أن يكون تركُّ تغطية الوجه حال التَّكفين عنده كما في حال الحياة.

له: إنَّ الإحرامَ أثرٌ محمودٌ، فيبقى كدم شهيدٍ.

ولنا: قوله صلى الله عليه وسلم: «غَطُّوا رؤوس موتاكم»⁷، وكيف يتميِّزُ المحرم عن غيره، و«الناسُ يحشرون عراة»⁸؟

¹ مسند أحمد بن حنبل، 267/6.

² لم نجده في كتب الروايات، ذكره الكاساني في بدائع الصنائع، 300/1.

³ د: إن.

⁴ قال ابن حجر في التلخيص الخبير (251/2): هذا الحديث ذكره الغزالي في الوسيط بلفظ «افعلوا بموتاكم ما تفعلون بأحيائكم» وتعقبه ابن الصلاح بقوله بحث عنه فلم أجده ثابتاً.

⁵ ح: عنه.

⁶ مصنف ابن أبي سيبة، 134/7؛ السنن الكبرى للبيهقي، 405/3 من قوله.

⁷ صحيح مسلم، الفضائل 134؛ السنن الكبرى للنسائي، 338/6.

⁸ صحيح البخاري، الأنبياء 11؛ صحيح مسلم، الجنة 56.

(ونمنعه من غسل زوجته) وقال الشافعي: يجوز للزوج أن يغسل زوجته بعد الموت؛ لأنَّ لها أن تغسل¹ زوجها، فكذا له أن يغسلها.

ولنا: إنَّ الزوجة إذا ماتت انقطع وصلة النكاح بالكلية، فلا يحلُّ ما هو من توبعه من المسِّ والغسل وغيرهما، وأما إذا مات الزوج؛ فالزوجة في ملكه حكمًا، ولهذا يجب عليها العدة، ولو جاءت بولد يثبت النسب منه، فيحلُّ لها غسله. (ويأمره) أي: أبو يوسف الزوج (بتجهيزها) أي: بأن يجهز زوجته الميتة (معسرةً، وخالفه) محمد. قيَّد بـ«تجهيزها»؛ لأنَّه لو كان الميت هو الزوج لا يجب عليها تجهيزه اتفاقًا، بل يجهز² من بيت المال. وقيَّد بـ«إعسارها»؛ لأنَّها لو كانت موسرة لا يجب عليه³ تجهيزها اتفاقًا، بل في مالها، وهو مختار صاحب «المغني». وذكر في «الخانية»: على الزوج تجهيزها عند أبي يوسف وإن⁴ تركت مالا، وعليه الفتوى⁵.

لأبي يوسف: إنَّ الغرم بالغنم، ولو تركت مالا يرثه الزوج، فيكون غرامة تجهيزها عليه.

ولمحمد: إنَّ الزوج صار أجنبيًا بالموت، فتحجز⁶ من بيت المال.

والفتوى على قول أبي يوسف.

(ومنعها من غسله إذا ارتدت بعده) أي: بعد موت الزوج، (أو مسَّت ابنه بشهوة) لا يجوز لها غسله عندنا، خلافاً لزرر.

قيَّد بقوله: «بعده»؛ إذ لو ارتدت قبل موته، ثم أسلمت بعد موته؛ ليس لها غسله اتفاقًا. من «الحقائق».

(وأجزناه لو أسلم، فمات، فأسلمت) يعني: إذا أسلم الزوج المجوسي، ولم تسلّم زوجته المجوسية حتى مات، فأسلمت

بعده، (أو وطئت بشبهة، فانقضت عدتها بعد موت زوجها) يعني: إذا وطئت المنكوحه بشبهة، فوجبت عليها العدة عن هذا الوطاء،

فمات الزوج، ثم انقضت عدتها بعده، (أو وطئ أخت امرأته بشبهة، فانقضت عدتها بعده) يعني: إذا وطئ الزوج أخت امرأته، فحزّم

عليه قربان امرأته حتى تنقضي عدتها الموطوءة بشبهة، فمات الزوج، وانقضت عدة الأخت بعده؛ يجوز لها في هذه المسائل أن

تغسل⁷ زوجها عندنا، خلافاً لزرر. قيَّد بـ«الارتداد أو المس»؛ لأنَّه لو لم يوجد واحدٌ منهما لا تُمنع عن⁸ غسله اتفاقًا. وقيَّد بـ«إسلام

المجوسية»؛ لأنها لو لم تسلّم لا تغسله اتفاقًا. وقيَّد بـ«انقضاء عدتها بعد موته»؛ لأنها لو انقضت في حياته كان لها أن تغسله اتفاقًا.

الأصل في هذه المسائل الثلاث وفيما قبلها: أنَّ المعتبر في جواز الغسل حالة الموت عند زفر، وحالة الغسل عندنا.

له: إنَّ استحقات الغسل ثبت بالموت، فيعتبر أهلية الغسل عند الموت كالإرث.

ولنا: إنَّ الغسل فعل، فيعتبر أهلية الفعل عند وجوده لا قبله، كما في الاستمتاع.

(وعكسناه في أم الولد) يعني: معنا أم الولد عن أن تغسل⁹ مولها إذا مات، وأجزاه زفر. قيَّد بـ«أم الولد»؛ لأنَّ الأمة

والمديرة لا تغسل مولها اتفاقًا؛ لزوال ملكه عنهما.

له: إنَّ أم الولد معتدة عن¹⁰ فراش صحيح، فيحلُّ لها غسله كالمعتدة عن نكاح صحيح.

ولنا: إنَّها عتقت بالموت، فصارت كالأجنبية، وعدتها للاستبراء لا للنكاح كالمعتدة من نكاح فاسد. [47ظ]

(فصل في التكفين)

(ويسنُّ¹ تكفين الرجل في ثلاثة أثواب: إزار ولفافة) وكلُّ منهما يشمل الميت من قَرْنه² إلى قدمه، واللفافة فوق الإزار،

(وقميص) يلبس من عنقه إلى قدمه. ويكره الحرير والمزغفر في تكفين الرجال؛ اعتبارًا للكفن بلباس الحياة.

1 ح: يغسل.

2 ح: يجتهد.

3 ح: عليها.

4 وفي الهامش ح: وصل.

5 د - بل في مالها.

6 د: فيجهز.

7 ح: يغسل.

8 ح: يمنع من.

9 ح: يغسل.

10 د: من.

(ولا نجعلها لفائف) وقال الشافعي: يكفن في ثلاثة لفائف ليس فيها قميص؛ لما روت عائشة «أنه صلى الله عليه وسلم كفن في ثلاثة أثواب ليس فيها قميص ولا عمامة»³.

ولنا: ما روى ابن عباس: «أنه صلى الله عليه وسلم كفن في ثلاثة أثواب فيها قميصه الذي مات فيه»⁴، وما رويناه أولى؛ لأن الحال أكشف على الرجال لحضورهم دون النساء لبعدهن.

(ويكتفى بالأولين⁵) يعني: كفن الكفاية ثوبان إزارًا ولفافة؛ لقوله صلى الله عليه وسلم في محرم مات: «كفنه في ثوبين»⁶. وفي «الخانية»: لو كُفِنَ غيرُ البالغ في حَدِّ الشهوة في ثوبٍ واحدٍ جاز، والمراهقُ كالبالغ في الكفن. وفي كتاب التحجيز: كفن الكفاية أولى إذا كُتِرَ الورثة، وقلَّ المال.

(ولو بقي أقلُّ من عضوٍ أمر بنزعه وغسله) يعني: إذا عَلِمَ بعد التَّكفين إن أقلَّ من عضو الميت لم يغسل؛ أمر محمد بنزعه الكفن وغسل ذلك الموضوع، خلافًا لهما. قيَّد بقوله: «أقل»؛ لأنَّ غيرَ المغسول لو كان عضوًا ينزَعُ اتِّفَاقًا. هذا إذا وضع اللبُّ على اللحد، ولم يهَلِّ التراب عليه؛ لأنَّ التسليم لم يتم. وأما إذا علموه بعدما أهالوا التراب عليه؛ فلا يُخرَجُ، ويصلى على قبره ثانيًا استحسانًا؛ لأنَّ الصلاة على غير المغسول إنما لم يعتدَّ بها إذا أمكن غسله، والآن زال ذلك الإمكان، فسقطت فرضية الغسل، فيصلَّى عليه في قبره؛ لأنَّ صلاة الجنائز دعاءٌ من وجه.

له: إنَّ الغسل لم يتم، فصار كما لو ترك عضوًا. ولهما: إنَّ قليلًا من العضو قد يتسارع إليه الجفاف، فيحتمل أنه أصيب به الماء، ثم جفَّ، فلا ينزَعُ بالشكِّ، بخلاف العضو الكامل؛ لانتفاء الاحتمال فيه.

(ويبدأ بالأيسر في لِّفه) يعني: يلفُّ الكفن من يسار الميت، ثم عن يمينه؛ ليكون الأيمن فوق الأيسر. (ويعدُّ الكفن خوف انتشاره).

(وتزاد المرأة خمرا فوق القميص تحت اللفافة، وخرقةً لربط ثديها⁷) فوق الأكفان، وعرضها ما بين الثدي إلى السرة، وقيل: إلى الركبة، فيكون كفن السنة للمرأة خمسة؛ لما روي «أنه صلى الله عليه وسلم أمر بذلك في تكفين بنته رقية»⁸. (وتجزئ⁹ ثلاثة) يعني: كفن الكفاية للمرأة ثلاثة، وهي ثوبان وخمار. (ويجعل شعرها على صدرها، وتجمُر¹⁰ الأكفان وترا) قبل أن يُدخَّج فيها.

(فصل) في الصلاة على الميت

(ونقدّم¹¹ الوالي) أي: السلطان (في الصلاة عليه)؛ لأنَّه نائب النبي صلى الله عليه وسلم، فهو كان أولى بالمؤمنين من أنفسهم، فكذا نائبه.

(ثم القاضي) أو أمير المصير إن لم يحضر الوالي؛ لأنَّه نائبه، وله الولاية العامة. (ثم إمام الحي) أي: الجماعة إن لم يحضر القاضي؛ لأنَّه اختاره إمامًا لنفسه في حياته، فيكون مختارًا له للصلاة عليه بعد مماته. ولو أوصى بأن يصلِّي عليه غيرهم فلان؛ فالوصية جائزة، وفي «المنتقى»: إنَّها باطلة. (لا الولي¹) يعني: عند الشافعي: الولي أقدم من السلطان وغيره؛ لأنه الأقرب.

¹ د: يسن.

² د: فرقه.

³ صحيح البخاري، الجنائز 18، 24؛ صحيح مسلم، الجنائز 46.

⁴ سنن أبي داود، الجنائز 29-30؛ مسند أحمد بن حنبل، 1/222.

⁵ د: بالأولين.

⁶ صحيح البخاري، الجنائز 19، 21؛ صحيح مسلم، الجنائز 94.

⁷ د: ثديها.

⁸ لم نجده، والنبي صلى الله عليه وسلم في بدر عند وفاة رقية، وروي أنه كفن بنته أم كلثوم في خمسة أثواب، انظر: سنن أبي داود، الجنائز 31-32.

⁹ د: ويجزئ.

¹⁰ د: ويجمر.

¹¹ د: تقدم.

(ويعيد هو) أي: الوليُّ إن شاء (إن صَلَّى غيرهم) أي: غيرُ المذكورين؛ لأنَّ حقَّ التقدّم بعدهم كان له. وفي «فتاوى الولوالجي»: هذا إذا لم يَرْضَ به، وإن تابَعَه وصَلَّى معهم لا يعيد. وفي «القنية»: لو أعادها الوليُّ ليس لمن صَلَّى عليها أن يصليَّ مع الوليِّ مرَّةً أخرى، وكذا يعيد السلطان إذا صلى غيره؛ لأنه مقدَّم على الوليِّ، فإذا ثبت حقُّ الإعادة للأدنى؛ ففتوته للأعلى أُولَى. ثم ترتيبُ الأولياء في الصلاة عليه كترتيبهم في العسوبة والإنكاح، إلا أنَّ أب الميت وابنه إذا اجتمعا كان الأبُّ أُولَى؛ لأنَّ الأبَّ أفضل لكونه أسنَّ، وإن لم يكن للميت وليٌّ؛ فالزوجُ أُولَى، ثم الجيران.

(ونمنع تعدُّدها) أي: تعدُّد الصلَاة على الميت. وقال الشافعيُّ: يجوز تعدُّدها، يعني: [48] إذا صلى على الجنازة جماعةً، ثم حضر آخرون؛ فلهم أن يصلُّوا عليها جماعةً وفردى، وصلواتهم تقع فرضاً كالأولى، إلا أنَّ من صلى مرَّةً لا يصلي ثانية؛ لما روي «أنَّ الناس صلوا على النبي صلى الله عليه وسلم مراراً قوماً² بعد قوم»³.

ولنا: ما روي «أنَّ عبد الله بن سلام لما فاتته الصلاة على عمر رضي الله عنه، قال: إن سبقت بالصلاة عليه؛ فلم أسبق بالدعاء له»⁴، وتكرارُ الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم كان مخصوصاً به؛ لأنه في قبره الآن كما وضع؛ لكون لحوم الأنبياء حراماً على الأرض.

وفي «المحيط»: لو صلى على الميت واحدٌ يكفي.

(ويصلَّى على القبر للفوات) يعني: إذا دفن الميت بعد غسله، ولم يصلَّ عليه؛ يجوز أن يصلَّى على قبره اتفاقاً؛ لما روي «أنه صلى الله عليه وسلم صلى على قبر امرأة»⁵، لكنَّ جوازها يمتدُّ إلى أن يغلب على الظنِّ انفساخه، وهو الأصحُّ. هذا إذا أهيل التراب عليه، وإن لم يُهَلَّ يُخرج ويصلَّى عليه؛ لأنَّ التَّسليم إلى الله تعالى لم يتمَّ. كذا في «الكفاية».

(ويقفُ) الإمام (حذاء الصَّدْر مطلقاً) أي: في الرجل والمرأة؛ لأنَّ الصَّدْر محلُّ الإيمان، فالقيامُ بإزائه إشارةٌ إلى أنَّ الشفاعة وقعت لإيمانه.

ولو اجتمع الجنائز؛ يجوز أن يصلَّى عليهم دفعةً واحدةً. كذا في «المحيط».

(ويكبِّرُ أربعاً)؛ لأنه صلى الله عليه وسلم فعل كذا في آخر صلواته على الجنازة⁶.

(ونمنع رفع اليد) في تكبيراتها سوى التَّحرمة. وقال الشافعيُّ: يرفع لما روي: «أنَّ ابن عمر كان يرفع يديه في كلِّ تكبيرة»⁷.

ولنا: ما روي «أنَّه صلى الله عليه وسلم كان⁸ لا يرفع يديه في صلاة الجنازة، سوى تكبيرة الافتتاح»⁹.

(يحمّد الله في الأولى) أي: عقب التكبيرة الأولى، وفي عبارته تسامحٌ.

(ولا نعيِّن الفاتحة) وقال الشافعيُّ: يقرأ فيها الفاتحة؛ لأنَّها صلاةٌ من وجهٍ، ولا صلاةٌ إلا بالفاتحة.

ولنا: قولُ ابن مسعود: «إنَّه صلى الله عليه وسلم لم يوقِّث لنا في صلاة الجنازة قراءةً»¹⁰.

(ويصلي على رسوله في الثانية، ويدعو له) أي: للميت (ولنفسه وللمؤمنين في الثالثة)؛ لما روي أنَّه صلى الله عليه وسلم

قال: «إذا أراد أحدكم أن يدعو؛ فليحمّد الله، وليصلِّ على النبي صلى الله عليه وسلم، ثم يدعو»¹¹. وليس فيها دعاءً معيّن، وفي

الصبيِّ والمجنون لا يستغفرُ لهما لعدم ذنبيهما، بل يقول: «اللهم اجعلهُ لنا فرطاً، واجعله لنا ذخراً، واجعله لنا شافعاً مشفقاً»¹².

¹ ح: الوالي.

² ح: قوم.

³ الطبقات الكبرى لابن سعد، 288/2؛ سنن ابن ماجه، الجنائز 65.

⁴ لم نجده.

⁵ صحيح البخاري، الجنائز 65؛ صحيح مسلم، الجنائز 71.

⁶ المستدرک للحاكم، 385/1.

⁷ مصنف ابن أبي شيبة، 254/7.

⁸ د - كان.

⁹ سنن الترمذي، الجنائز 76، ولفظه: «أن رسول الله كبر على جنازة فرغ يديه في أول تكبيرة».

¹⁰ المعجم الكبير للطبراني، 320/9.

¹¹ صحيح ابن خزيمة، 351/1؛ صحيح ابن حبان، 290/5.

¹² روي عن أبي هريرة «أنه كان يصلي على المنفوس الذي لم يعمل خطيئة قط ويقول: اللهم اجعله لنا فرطاً وسلماً وذخراً»، انظر: السنن الكبرى للبيهقي، 9/4.

وروي عن الحسن يقول اللهم اجعله لنا فرطاً وسلماً وأجرًا، انظر: صحيح البخاري، الجنائز 64.

(ويَسَلِّمُ فِي الرَّابِعَةِ ثَمَانِينَ) أي: تسليمتين ينوي بهما الرَّجَالَ والخَفْظَةَ كما في الصلاة، وينوي المَيِّتَ كما ينوي الإمام فيها؛ لأنَّهُ هو المشهور المتوارث، لكن لا يرفع صوته بالتسليم في الجنازة كما في سائر الصلوات. (لا واحدة) أي: قال الشافعي: يَسَلِّمُ تسليمًا واحدةً، يبدأ بها من¹ يمينه، ويختمها في يساره مدورًا وجهه؛ لما روي كذا في بعض الآثار.

(ومنعه من المتابعة لو حَسَسَ) يعني: إذا كَبَّرَ الإمام فيها² خمسًا لا يتابعه المؤتمُّ في الخامسة عندنا، بل يسلم. وقيل: بل ينتظره حتى يسلم إمامه، فيسلم معه، وهو المختار. وقال زفر: يتابعه، كما لو زاد الإمام على تكبيرات العيد. ولنا: إنَّ الخامسة منسوخة؛ لما روي «أنَّه صلى الله عليه وسلم كَبَّرَ أربعًا فقط في آخر صلاته على الجنازة³»⁴، ولا متابعة في المنسوخ، بخلاف تكبيرات العيد؛ لأنَّ الزيادة عليها مجتهدٌ فيها؛ لاختلاف الصحابة في عددها، حتى لو ذكر عددًا لم يُجتهد فيه لا يتابعه⁵.

وفي «نظم الزندوستي»: الخلاف فيما إذا سمع التَّكْبِيرَ من الإمام نفسه، أما إذا كان سمع⁶ من المنادي يتابعه في الرَّائِدِ اتفاقًا.

قالوا: وينوي الافتتاح عند كلِّ تكبيرة؛ لجواز أن يكبِّرَ الإمام للافتتاح الآن، وأخطأ المنادي، وإنما وضع في صلاة الجنازة؛ إذ في العيد يتابعه المقتدي في الرَّائِدِ. من «الحقائق».

(ويأمر المسبوق به للحال، وهما بانتظار تكبيرة) يعني: إذا أدرك الإمام في صلاة الجنازة وقد سبق ببعض تكبيراتها يكبِّرُ في الحال، ويشرع معه عند أبي يوسف، وقال: ينتظر تكبيرةً أخرى، فيتابع الإمام فيها، ثم يأتي⁷ ما سبق به بعد سلام الإمام متواليًا لا دعاء فيها قبل أن ترفع الجنازة، فإذا رفعت فقد فات. وأما إذا أدرك بعد الرابعة لا يكبِّرُ عندهما؛ لفوات الصَّلَاة عنه، ويكبِّرُ عند أبي يوسف، فإذا سلَّم الإمام [48ظ] قضى ثلاث تكبيرات.

قَيَّدَ بـ«المسبوق»؛ لأنه لو كان حاضرًا ولم يكبِّرَ مع الإمام للافتتاح؛ فإنه يكبِّرُ، ولا ينتظر تكبيرة الإمام اتفاقًا. كذا في «الخانية».

له: إنَّه أدرك الإمام، فيتابعه في أيِّ حالٍ كان، كما في سائر الصَّلوات. ولهما: إنَّ كلَّ تكبيرة في صلاة الجنازة كركعة؛ إذ ليس لها ركنٌ سواها. ولو كَبَّرَ قبل تكبير الإمام ثانيًا كان آتيًا بالتكبير الفاتية، وذا لا يجوز؛ لأن المسبوق بعدما أدرك الإمام لا يبتدئ بالركعة الفاتية.

(ونمنعها) أي: صلاة الجنازة (في مسجد) إذا كان الجنازة والإمام والقوم فيه، وإن كان الجنازة خارج المسجد قيل: لا يكره؛ لأنَّ احتمالًا تلوين المسجد مفقود. وقيل يكره؛ لأنَّ المسجد بُني لأداء المكتوبات، والنوافل شرعت فيه تبعًا لها لكونها من متمماتها، ولا كذلك صلاة الجنازة.

(وعلى عضو) أي: الصلاة على عضو الميت أي عضو كان غير جائز عندنا، (وغائب) أي: الصلاة غير جائزة على ميتٍ غائب. وخالفنا الشافعي في هذه المسائل الثلاث.

أراد بالمسجد: مسجد الجماعة؛ لأنه لو بني مسجدًا خاصًّا للصلاة على الجنازة يجوز الصلاة فيه اتفاقًا. وقَيَّدَ بـ«العضو»؛ لأنه لو وُجِدَ أكثرُ بدن الميت بلا رأسٍ، أو نصفه مع الرأس؛ يغسَلُ ويصلى عليه اتفاقًا. وإذا وجد نصفه بلا رأسٍ، أو أقله مع الرأس؛ لا يصلى عليه عندنا.

وفي «الحقائق»: محلُّ الخلاف: الغائب عن البلد؛ إذ لو كان في البلد لم يجز أن يصلى عليه حتى يحضر عنده اتفاقًا؛ لعدم المشقة في الحضور.

¹ ح: من.

² ح - فيها.

³ د: للجنازة.

⁴ المستدرک للحاکم، 385/1.

⁵ د: يتابع.

⁶ د: يسمع.

⁷ د: أي.

له: ما روي: «أنَّه صلى الله عليه وسلم صلى على جنازة سهيل في المسجد»¹، وأنَّ صلاةَ الجنازة دعاءٌ للميت في الحقيقة، فيجوز² على عضوٍ منه، وما روي «أنَّه صلى الله عليه وسلم صلى على جنازة النجاشي³ وهو مات في أرض⁴ الحبشة، والنبِيُّ صلى الله عليه وسلم كان بالمدينة»⁵.

ولنا: ما روي «أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن صلاة الجنازة في المسجد»⁶. وأما صلاةُ النبي صلى الله عليه وسلم على جنازة سهيل؛ فكان لعذر المطر، وأنَّ الصلاةَ تتعلق⁷ بمجموع الميت، وإذا كان أكثرُهُ معدومًا؛ كان كلُّه في حكم العدم، وأنَّ الميت له حكمُ الإمام، ولهذا لو وضعه المصلي خلفه لا يجوز صلاتُهُ، فالبعْدُ بين الإمام والمقتدى كان مانعًا من⁸ الجواز، فكذا بين الميت والمصلي. وأما صلاتُهُ صلى الله عليه وسلم على النجاشي؛ فمن مخصوصاته صلى الله عليه وسلم؛ لأنَّ الأرضَ كانت تطوى له، فيكون البعيدُ حاضرًا.

(ويغسل المستهل⁹) وهو الذي يكون منه ما يدلُّ على حياته من بكاءٍ أو حركةٍ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «إذا استهلَّ مولود غسلاً»¹⁰، والمعتبرُ في ذلك: خروجُ الأَكْثَرِ حيًّا، حتى لو خرج أكثرُ الولد وهو يتحرَّكُ صليًّا عليه، وإلا فلا. (ويصلي عليه، ويأمر به لسقطِ تَمَّ خلقه) يعني: إذا سقط مولودٌ تَمَّ أعضاؤه ولم يستهلَّ يغسلُ عند أبي يوسف إكرامًا لبني آدم؛ لأنه نفسٌ من وجه. وقالوا: لا يغسلُ، بل يدرج في خرقَةٍ؛ لأنَّ الغسلَ لأجل الصلاة، فلا يصلي عليه، فلا يغسلُ أيضًا. قيَّد الأمرُ بـ«الغسل»؛ لأنه لا يصلي عليه اتفاقًا. وقيَّد بـ«تمام الخلق»؛ لأنه لو لم يكن تامًّا الخلق لا يغسلُ اتفاقًا.

(فصل في حمل الجناز وفي الدفن)

(ونعني أربعةً لحملها) أي: أربعة رجالٍ لحمل الجنازة من جوانبها الأربع؛ لأنَّ الحملَ بهذه الهيئة هو المشهور المتوارث، (لا هم) ولو قال: «لا إياهم»؛ لكان أوَّلِي. (أو ثلاثةً، أو خمسةً) يعني: عند الشافعي: أربعة رجالٍ متعَيَّنون لحملها، أو ثلاثةً بأن يتقدَّم رجلٌ، فيضع العمودين على عاتقيه، ويحمل مؤخرها رجلان، أو خمسةً بأن لم يستقلَّ المقدم بالحمل، فأعانه رجلان بالخشبة المعارضة خارج العمودين، والرجلان كانا يحملان مؤخرها، فيكون الجنازةُ محمولةً على خمسة، وهكذا روي في حمل جنازة سعد بن معاذ¹¹. (يسرعون به) أي: بالمشي بالجنازة (دون الخَبَب) [49و] وهو نوعٌ من العَدْو؛ لأنه صلى الله عليه وسلم أمر بذلك¹². (ونفضِّلُ تقديمها) أي: تقديم الجنازة، والمشي خلفها، (لا تقدمها) يعني: عند الشافعي: المشي أمامها أفضل؛ لأنهم شفعاء، والشفيع يتقدَّم في العادة.

ولنا: قوله صلى الله عليه وسلم: «الجنازةُ متبوعةٌ»، إلا أنه لا بأس أن يتقدمها نفيًا للرحام. قال أبو يوسف: رأيتُ أبا حنيفة يتقدَّم الجنازة وهو راكبٌ، ثم يقعد¹⁴ حتى يأتيه. كذا في «النوادر». ولأنه أبلغ في الاعتاظ بها، والتعاون في حملها إن احتيج إليه، ابن مسعود: فضلُ المشي خلف الجنازة على أمامها كفضل المكتوبة على النافلة. (ويكره الجلوس قبل وضعها) أي: وضع الجنازة عن أعناق الرجال؛ لاحتمال الاحتياج إلى التعاون في الوضع، أو لاحترامها. قيل: يكره رفع الصوت بالذِّكْر في تشييعها؛ لأنَّ فيه موافقةً لأهل الكتاب.

¹ صحيح مسلم، الجنائز 99؛ سنن الترمذي، الجنائز 44.

² د: فتجوز.

³ د: نجاشي.

⁴ د: بأرض.

⁵ صحيح البخاري، الجنائز 4؛ صحيح مسلم، الجنائز 62.

⁶ مصنف ابن أبي شيبة، 426/7.

⁷ ح: يتعلق.

⁸ د: عن.

⁹ د: مستهل.

¹⁰ صحيح البخاري، الجنائز 78؛ سنن ابن ماجه، الجنائز 26. ليس فيه ذكر «الغسل» بل فيه «صلي عليه وورث».

¹¹ الطبقات الكبرى لابن سعد، 431/3.

¹² د: بكذا.

¹³ صحيح البخاري، الجنائز 50؛ صحيح مسلم، الجنائز 50.

¹⁴ د: قعد.

(ويلحد القبر) أي: يجعل شقًّا في جانب القبر إلى القبلة؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «اللحد لنا، والشقُّ لغيرنا»¹، وهو أن يجعل حفيرةً في وسط القبر، فيوضع فيه الميت.

وفي «التبيين»: إن كانت الأرض رخوةً؛ فلا بأس بالشقِّ، واتخاذ التابوت ولو من حديدٍ، ولكن السنة أن يفرش فيه التراب. قيل: يحفر القبر قدر نصف القامة. وقيل: إلى الصُّدر، وإن زادوا، فحسن.

(ونأمر بوضعه) أي: يوضع الميت على شفرة القبر (مما يلي القبلة) ويوضع منه في اللحد، (لا سلاً) يعني عند الشافعي: السنة أن يُوضع رأس الميت بإزاء قدميه من القبر، فيؤخذ رأسه، ثم يسَلَّ إلى القبر، أي: يجزَّ؛ لما روي «أنه صلى الله عليه وسلم سلَّ إلى قبره»².

ولنا: ما روي «أنه صلى الله عليه وسلم أدخل أبا دُجانة في قبره من جهة القبلة»³، وما رواه غير حجة لما روي «أنه صلى الله عليه وسلم أُدخِل في قبره من جانب القبلة»⁴.

(ولا نسن الإيتار في الواضعين) يعني: من دخل في القبر لدفن الميت⁵؛ فكونه وثراً ليس بسنة عندنا، وسنة عند الشافعي، قاسه على التكفين والإجمار.

ولنا: ما روي: «أنه دخل في قبر النبي صلى الله عليه وسلم أربعةً لوضعه: العباس والفضل وعلي وصالح مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم»⁶.

(ويقول) الواضع: (بسم الله، وعلى ملة رسول الله)؛ لأنه صلى الله عليه وسلم «قال كذا حين وضع أبا دجانة في قبره»⁷. (ويوجه) الميت في القبر إلى القبلة لأمره صلى الله عليه وسلم بذلك، (وتحلُّ عقدته) أي: عقدة الكفن لأمنه من الانتشار، (ويسوى لبنه) أي: لبُّ القبر عليه، (ويسجى قبرها) أي: يستر بثوب حتى يجعل اللبُّ على لحدها؛ لأنَّ مبنى أمرها على الستر. (ويكره آجرٌ وخشبٌ)؛ لأنهما موضوعان لإحكام البناء، ويثُّ البلى ينافيه. وذكر الإمام التمرتاشي هذا إذا كان حول الميت، وإن كان فوقه لا يكره؛ لأنَّه يكون عصمةً من السُّبع. قالوا: إذا كان الأرض رخوةً لا بأس بالآجر والخشب، وكره أيضاً أن يبنى عليه. (لا قصبٌ) أي: لا يكره قصبٌ معمولاً كان أو غيره لذهابه سريعاً. وقيل: المعمولُ به⁸ كبوربا والحصير مكرهٌ؛ لأنه لم ترد⁹ السنة به. كذا في «النهاية».

ولو بلي الميت، وصار تراباً؛ جاز دفن غيره في قبره، وجاز زرعه، والبناء عليه. كذا في «التبيين». (ثم يهالُ ترابُه) أي: يصبُّ، إلا أنَّ الوجه يحفظ من التراب بلبنتين أو ثلاث. ويكره أن يزداد على التراب الذي أخرج منه، ولا بأس أن يوضع¹⁰ الحجر عليه؛ لما روي «أنه صلى الله عليه وسلم وضع على قبر أبي دجانة حجراً، وقال: هذا لأعرف قبر أخي»¹¹، وإن احتج إلى الكتابة عليه حتى لا يُمتهن؛ فلا بأس به. وأما الكتابة من غير عذر؛ فمكرهة. كذا في «المحيط». (ويسنُّ) أراد من تسنيم القبر: أن يرفع من الأرض مقدار شبرٍ أو أكثر منه قليلاً؛ لما روي «أن قبر النبي¹² صلى الله عليه وسلم كان مستنماً بهذا القدر»¹ ولا يسطح ولا يرتع؛ لأن الكفار فعلوهما في قبورهم.

¹ سنن أبي داود، الجنائز 59-61؛ سنن الترمذي، الجنائز 53؛ سنن النسائي، الجنائز 85.

² لم نجده في كتب الحديث بهذا اللفظ، وانظر: المبسوط للسرخسي، 61/2.

³ قال الزيلعي في نصب الراية (300/2-301): هكذا وقع في الهداية والمبسوط، وهو وهم، فإن أبا دجانة الأنصاري توفي بعد النبي صلى الله عليه وسلم في وقعة اليمامة. وأخرج الترمذي أن النبي صلى الله عليه وسلم دخل قبراً ليلاً، فأسرج له سراج فأخذه من قبل القبلة. سنن الترمذي، الجنائز 63.

⁴ شرح مشكل الآثار، 263/7؛ السنن الكبرى للبيهقي، 54/4.

⁵ د - الميت.

⁶ مصنف ابن أبي شيبة، 219/7، 566/20.

⁷ سنن ابن ماجه، الجنائز 38 بغير ذكر أبي دجانة. وقال الزيلعي في نصب الراية (300/2-301): هكذا وقع في الهداية والمبسوط، وهو وهم، فإن أبا دجانة الأنصاري توفي بعد النبي صلى الله عليه وسلم في وقعة اليمامة.

⁸ د: منه.

⁹ د: يرد.

¹⁰ د: بأس بوضع.

¹¹ السنن الكبرى للبيهقي، 412/3، مع ذكر عثمان بن مظعون مكان أبي دجانة.

¹² د: رسول الله.

فصل في الشهيد

(من قتله مشرك) أراد به: الحربي، (مطلقاً) أي: بآلة أو غيرها، وبمباشرة وتسبب، كما إذا وطئ دابة الحربي مسلماً؛ لأن هذا نوع من الحرب. والأصل فيه: «أنه صلى الله عليه وسلم لم يغسل شهداء أحد»²، ولم يكن كلهم قتيلاً سيفاً. ولو ألجأ حربي مسلماً إلى ماء، فوقع فيه؛ لا يكون شهيداً؛ لأنه من فعل نفسه، لا من الكافر.

وكذا لو حفر الحرييون خندقاً، فوقع فيه مسلم ليلاً؛ لا يكون شهيداً؛ لأن ذلك يراد به الدفع لا القتل. [49ظ] وفي «الغاية»: أهل البغي كأهل الحرب، قال تعالى: ﴿فَقَاتِلُوا الَّذِينَ تَنَبَّيَ حَتَّى تَفِيءَ إِلَى أَمْرِ اللَّهِ﴾ [الحجرات، 9/49]، وكذا فُطَّحَ الطريق؛ لأنهم محاربون، قال الله تعالى: ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ﴾ [المائدة، 33/5] الآية، فبأي شيء قتلوه لا يغسل، والمكابرون في المصر ليلاً بمنزلة قطع الطريق.

(أو مسلم) أي: قتله مسلم، وكذا من في حكمه كالذمي. (قتلاً لا يوجب دية) قيّد به؛ لأنه لو وجب به مال لا يكون شهيداً، (بنفسه) أي: بنفس القتل. قيّد به؛ ليدخل فيه³ قتل الأب ابنه، وقتل يوجب القصاص، ثم انقلب مالا بالصُّلح، فإنَّ القتل فيهما شهيداً؛ لأنَّ كلاً منهما لا يوجب ديةً بنفسه؛ بل يوجب قصاصاً، وإنما وجبت الدية بعارض، وهو حرمة الأبوة في الأول، والصلح في الثاني.

(ظلمًا) فإنه في معنى قتلى أحد، فألحق بهم، احترز به عمن يقتل في حدٍّ أو قصاص، فإنه ليس بشهيد. (أو وجد في المعركة) وهي موضع الحرب، (وبه أثر) أي: أثر يكون علامة على القتل، كالجرح، أو صعود الدم الصافي من جوفه إلى فيه، أو خروجه من عينه، أو أذنه؛ لأنه لا يكون إلا من شدة الضرب. (كان شهيداً) ولو خرج الدم من أنفه، أو ذكره، أو دُبره، أو نزل من رأسه، أو خرج من جوفه جامدًا؛ لا يكون شهيداً؛ لأنَّ الجامد يحتمل أن يكون سوداء محترقة، والإنسان يرفع، والجبان يبول دماً، وصاحب الباسور يخرج من دبره دم من غير ضرب.

قيّد بـ«المعركة»؛ لأنَّ القتل لو وجد في المصر ولم يعلم قاتله يغسل. (ولا نعين) بكونه شهيداً (قتيل المعركة غازياً) وقال الشافعي: ليس الشهيد إلا من قُتل في المعركة مجاهدًا في سبيل الله، فغيره يغسل.

(فيكفن بدمه وثيابه، ويُترغ منه⁴ ما ليس من جنس الكفن) كالقرو والخف ونحوهما؛ لأنَّه صلى الله عليه وسلم «دفن شهيداً أخذ بثيابهم ودمائهم»⁵.

(ونصلي عليه) أي: على الشهيد. وقال الشافعي: لا يصلى عليه؛ لأنَّ السيف مخاء الذنوب، وهو مستغنى عن الاستغفار له. ولنا: إنَّ الصلاة لتعظيم الميت، ولهذا يصلى على النبي صلى الله عليه وسلم والصبي، وقد صح: «أنه صلى الله عليه وسلم صلى على قتلى أحدٍ واحدًا بعد واحد»⁶.

(والصبي، والمجنون، والجنب، والحائض، والنفساء بعد الانقطاع، والمقتول بالمتثل يغسلون) عند أبي حنيفة إذا استشهدوا خلافاً لهما.

له في الصبي والمجنون: إن ترك دم الشهيد كان للشهادة، وهما مستغنيان عنه؛ لطهارتهما عن الذنب، فيغسلان. ولهما: إنَّ ترك⁷ لكرامة الشهيد، وهما أولى بالكرامة؛ لعدم ذنبيهما. وله في الحائض والنفساء والجنب: إنَّ الغسل كان واجباً عليهم، فلا يرفع الشهادة ما وجب عليهم قبل الموت. ولهما: إنَّ غسلهم سقط بالموت، وغسل الموت لم يجب بالشهادة.

¹ صحيح البخاري، الجنائز 94، دون لفظ «بهذا القدر».

² سنن أبي داود، الجنائز 26-27.

³ ح - فيه.

⁴ د: عنه.

⁵ سنن أبي داود، الجنائز 26-27.

⁶ لم نجد كذا، وقد روي أنه صلى الله عليه وسلم بعد ثمان سنين، انظر: سنن أبي داود، الجنائز 69-71؛ مسند أحمد بن حنبل، 4/154.

⁷ ح - ترك.

وقيد¹ بقوله: «بعد الانقطاع»؛ لأنهما إذا استشهدتا قبله لا يجب غسلهما اتفاقاً في رواية عنه؛ لأنَّ الاغتسال لم يكن واجباً عليهما قبل الانقطاع. وفي رواية عنه: يجب غسلهما، وهو الصحيح؛ لانقطاع الدم عند الموت. وأما المقتول بالمثل؛ فيغسل عنده؛ لأنه ليس بشهيد، ولا يغسل عندهما؛ لأنه شهيد.

(ومن ارتث غسل) الارتث: أن يأكل الجريح، أو يشرب، أو ينأم، أو يداوى، أو ينقل من المعركة، لا لخوف أن تطأه خيول المقاتلة، أو يمضي عليه وقت صلاة وهو يعقل، ويقدر على أدائها بالإيماء؛ لأنه لم يكن في معنى شهداء أُخِذ، فلا يلحق بهم. (ولو أوصى) في أمور دينوية أو أخروية، (أو عاش أكثر نهاراً أو ليل يأمُر به) أي: أبو يوسف بالغسل؛ لأن للأكثر حكم الكل.

قيد بـ«الأكثر»؛ لأنه لو عاش تمام يوم أو ليلة غسل اتفاقاً؛ لأنه ارتفق مدة معتبرة². (وخالفه) محمد. قيل: خلافهما في الوصية بأمور دينوية، ولو أوصى بأخروية لا يغسل اتفاقاً. وقيل: خلافهما في الأخروية، ولو أوصى بدينوية يغسل اتفاقاً. وقيل: لا خلاف بينهما، فقول أبي يوسف في الوصية بالدينوية؛ لأنها من أمور الأحياء، فقد أصابه مرافق الحياة، وقول محمد في الوصية بالأخروية؛ لأنها صنيع من آيس من نفسه.

وفي «التبيين»: هذا كله إذا وجد بعد انقضاء الحرب، وأما قبل انقضائها؛ فلا يكون مرتثاً بشيء مما ذكرنا. وفي «الخانية»: الوصية بكلمتين لا تبطل³ الشهادة.

(وشرط كماله غير عاقل فيه) أي: شرط محمد في وجوب الغسل أن يعيش يوماً كاملاً غير عاقل؛ لأنَّ ما دونه حياة قليلة لا تعتبر. قيد بـ«كماله غير عاقل»؛ لأنه لو مضى عليه وقت صلاة وهو يعقل يُغسل اتفاقاً.

(ولا يصلّي على باغٍ، وقاطع الطريق⁴) يعني: إذا قتل باغٍ لأجل بغيه، وقاطع طريقٍ لقطعته لا يغسلان. وقيل: يغسلان، ولا يصلّي عليهما؛ للفرق بينهما وبين الشهيد. وكذا الكافر الذي له ولي من المسلمين يغسل ولا يصلّي عليه؛ لما روي «أنه صلى الله عليه وسلم أمر علياً بغسل أبي طالبكغسل الثوب النجس»⁵. وقيل: هذا إذا قُتِل في حال المحاربة. وأما إذا قُتِل بعد ثبوت يد الإمام عليهما يغسلان ويصلّي عليهما؛ لأن القتل يكون لحد السياسة، ومشايخنا جعلوا حكم المقتولين بالعصية حكم أهل البغي على هذا التفصيل. كذا في «النوازل».

(ويُلحِقُ بهما قاتل نفسه) يعني: من قتل نفسه لا يصلّي عليه عند أبي يوسف؛ جزاً له كالبغي. وقالوا: يصلّي عليه؛ لأنه فاسق غير باغٍ. هذا إذا كان عمداً، ولو كان خطأ يغسل ويصلّي عليه اتفاقاً.

وفي «المنتقى»: من قتل ظالمًا يغسل [50] ولم يصلّ عليه؛ لأنه ساع بالفساد.

(كتاب الزكاة)

(يفترض) أدائها (على كل مسلم) قيد به؛ لأنَّ الزكاة عبادة لا تصح⁶ من الكافر. ولم يقيد بـ«العاقل البالغ»؛ اكتفاءً بتصريحه بعد بأنها لا يجب على الصبي والمجنون.

(حرّ) قيد به؛ لأنَّ كمال المالكية إنما يحصل بالحرية. احترز به عن الرقيق، والمدبر، وأم الولد، والمكاتب.

(مالك لنصاب) أراد به: ملكاً تاماً، فلا تجب⁷ على المشتري مما اشتراه للتجارة قبل القبض، ولا على المولى في عبده المعد للتجارة إذا أبق؛ لأنه غير مملوك له يدا، ولا فيما في يد عبده المأذون الغير المديون؛ لأنه غير مملوك له يدا؛ لأنَّ للمأذون يداً أصالة لا نيابة عن مولا.

(حولّي) أي: تامّ عليه حولّ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «لا زكاة في مال حتى يحول عليه الحول».

1 د: قيد.

2 د - لأن للأكثر حكم الكل.

3 ح: يبطل.

4 د: طريق.

5 سنن النسائي، الطهارة 128.

6 ح: يصح.

7 ح: يجب.

(فاصل عن الحوائج الأصلية) وهي ما يدفع الهلاك عن الإنسان تحقيقاً كالفقعة، ودور السكنى، وآلات الحرب، والنياب المحتاج إليها لدفع الحرّ والبرد، أو تقديرًا كالدين، فإن المديون محتاج إلى قضائه مما في يده من النصاب دفعًا عن نفسه الحبس الذي هو كالهلاك، وآلات الحرفة، وأثاث المنزل، ودوابّ الركوب، وكتب العلم لأهلها، فإنّ الكتب لو كانت للتجارة، وبلغ قيمته نصابًا، فلا زكاة فيها إذا احتاج إليها صاحبها¹، فإنّ الجهل عندهم كالهلاك، فإن لم يحتج إليها، كما إذا اشتراها للبيع ففيها الزكاة²، فإذا كان له دراهم مستحقة بصرفها³ إلى تلك الحوائج صارت كالمعدومة، كما أن الماء المستحقّ بصرفه⁴ إلى العطش كان كالمعدوم، وجاز عنده التيمّم.

(أو لنعم) أي: مالك لنعم (سائمة) وهي التي تكتفي بالرعي في أكثر الحول للدرّ والنسل، حتى لو رُعيث أكثر الحول للركوب لا يجب فيها الزكاة. وصفها بالسائمة؛ لأن النص ورد بتقييمها بهذه الصفة في وجوب الزكاة.

(حولية نية) الجار والمجرور متعلق بالأداء المقدر، أي: يفترض أداؤها بنية (مع العزل) أي: عزل مقدار الواجب، (أو الأداء) أي: مع دفعه إلى الفقير، وذلك لأنّ الزكاة عبادة، فلا بدّ من نية مقارنة لأدائها، لكن لمّا ثبت الحرج في اشتراط النية وقت كل دفع مع تفرق زمانه؛ اكتفي بالنية عند العزل تيسيرًا، كالنية المتقدمة على الصوم. ولو دفعها بلا نية، ثم حضرته النية، إن كان المدفوع قائمًا في يد الفقير جاز، وإلا فلا.

(ونسقطها بهلاكه) يعني: إذا هلك النصاب بعد تمام الحول والتمكّن من الأداء سقطت⁵ الزكاة عندنا خلافًا للشافعي. قيّدنا بـ«التمكّن»؛ لأنّ الزكاة قبله تسقط اتفاقًا، والتمكّن في الأموال الباطنة بالظفر بأهل الاستحقاق، وفي الظاهرة بالظفر بالساعي إليها، ويثبت التمكّن عنده بحضرة المال؛ لأنه لو غاب لا يجب إخراج الزكاة من مال آخر ما لم يتيقّن بقاء المال. من «الحقائق».

قيّد بـ«هلاكه»؛ لأنّ الزكاة لا تسقط باستهلاك النصاب اتفاقًا. وفي «المنتقى»: لو أقرض النصاب بعد الحول، فتوي عليه؛ يكون هلاكًا؛ لأنه لم يخرج من مال الزكاة. ولو اشترى به عبيدًا للخدمة⁶، أو جعله مهزًا؛ يكون استهلاكًا.

وفي «الحقائق»: العشر والخراج على هذا الخلاف، وأما الجزية وصدقة الفطر لا تسقط⁷ اتفاقًا. له: إنّ الزكاة دين في ذمته، فلا تسقط⁸ بهلاك المال كصدقة الفطر، وكما لو استهلك النصاب. ولنا: إنّ الواجب جزء من النصاب، وبقاء الجزء بعد هلاك النصاب محال، بخلاف صدقة الفطر؛ لأنّ وجوبها في الذمة، والمال شرط، ووجوب الزكاة في المال نفسه، فافتراقه، وبخلاف الاستهلاك؛ لأنّ الواجب دخل في ضمانه بالاستهلاك، فصار دينًا في ذمته.

ولو هلك نصاب السائمة بعد طلب الإمام الزكاة، وعدم دفعها إليه؛ فالصحيح: أنه لا يضمن؛ لأنه كان مختارًا في أن يؤدّي من نفس السائمة أو من غيرها، فحبسه يجوز أن يكون ليؤدّي من محل آخر.

(وقسمها على النصاب والعفو؛ ليسقط منها بقدر الهالك، وخصّاه بالنصاب؛ ليكون الهالك من العفو) يعني: إذا اجتمع في المال نصاب وعفو؛ يتعلّق الوجوب بهما عند محمد، وما هلك هلك منهما. وقالوا: يتعلّق الوجوب بالنصاب دون العفو، مثلًا: إذا كان لرجل ثمانون شاة؛ فنصفه نصاب، ونصفه عفو، فإذا هلك منها أربعون؛ فعليه نصف شاة عنده، وشاة عندهما.

فإن قلت: إذا تعلّق الوجوب بكليهما؛ فكيف سمي محمد الزائد عن النصاب عفوًا؟

قلت: سمّاه باعتبار أنّ الزكاة كانت واجبة بدون تلك الزيادة، فلما وجبت شاعت في الكل.

¹ د - فإن الكتب لو.

² د - فإن لم يحتج.

³ د: بصرفها.

⁴ د: بصرفه.

⁵ ح: سقط.

⁶ د: لخدمة.

⁷ د: يسقط.

⁸ د: يسقط.

له: إنَّ الزَّكَاةَ وَجِبَتْ شُكْرًا لِنِعْمَةِ الْمَالِ، وَالْكَلَّ نِعْمَةً، فَيَتَعَلَّقُ بِهِ الْوَجُوبُ.

ولهما: إنَّ الزَّائِدَ عَلَى النَّصَابِ جَعَلَ عَفْوًا، فَلَمْ يُرَدَّ بِهِ بِالْوَجُوبِ¹.

ثم لو زاد الهلاك على² مقدار العفو يصرَّفُ إلى كَلِّ التُّصَبِ [50ظ] شائِعًا عند أبي يوسف، وإلى النصاب الذي يلي العفو ثم إلى ما قبله عند أبي حنيفة. مثلاً: إذا كان لرجل أربعون من الإبل، فهلك منها عشرون، ففي الباقي يجب عشرون جزءًا من ستة وثلاثين جزءًا من ابنة لبون عند أبي يوسف؛ لأن الأربع عفوٌ، وبقي الواجب في ستة وثلاثين، فيبقى الواجب بقدر الباقي. ويجب أربع شياه عند أبي حنيفة؛ لأنه صرف الهلاك إلى النصاب الذي يلي العفو، فبقي النصاب الأول. وأما محمد؛ فقد مر على أصله، فقال: يجب نصف بنت لبون؛ لأن الواجب متعلق بالكل عنده.

اعلم أنَّ صرفَ الهلاك إلى العفو يتصوَّرُ³ في جميع الأموال عند أبي حنيفة، وأما عندهما، فلا يتصور إلا في السوائم؛ لأن ما زاد على مائتي درهم لا عفو فيه عندهما.

(ولو تصدق بالنصاب ولم ينوها) أي: الزكاة (سقطت) عن ذمته؛ لأن الواجب كان جزءًا من الكل، فإذا تصدقه دخل الجزء فيه، فلم يحتج إلى التعيين. وكذا لو أبرأ النصاب من فقير تسقط زكاته عنه نواها أو لم ينوها؛ لأنه أدَّى الدين عن الدين، وكلاهما ناقصان؛ إذ الدين ناقص بالنسبة إلى العين، فيجوز أدؤها. ولو أبرأه ينوي به زكاة مال آخر لا تسقط؛ لأنه أدى الناقص عن الكامل. قيَّد بـ«التصدق»؛ لأنه لو دفع كل النصاب ينوي به عن النذر أو واجب آخر يقع عما نوى، فلا⁴ تسقط الزكاة، بل يضمن قدر الواجب.

فإن قلت: الزكاة إنما تؤدي بالنية، فكيف تسقط⁵ هنا بلا نية؟

قلت: إن⁶ لفظ التصديق مشعر بأن نية أصل العبادة وُجِدَتْ، وتلك كافية وإن انعدم تعيينها، ونية الفرض إنما يشترط⁷ لتحصيل التعيين، والواجب متعين في هذا النصاب، فلا حاجة إلى التعيين، فصار كما إذا نوى الصوم مطلقًا في رمضان.

(ويعكس في البعض، وأسقط منها بقدره) يعني: إذا تصدق ببعض النصاب، قال أبو يوسف: لا يسقط شيء من الزكاة؛ لأن الواجب غير متعين، فالبعض الباقي يصلح أن يكون محلاً له. وقال محمد: يسقط⁸ عنه زكاة ما تصدق⁹ به¹⁰ اعتبارًا للجزء بالكل. **(ولا نوجبها على مديون مستغرق)** أي: مشغول لما في يده من النصاب. وقال الشافعي: يجب عليه؛ لتتحقق سبب الوجوب، وهو ملك نصاب تام.

ولنا: إن الزكاة إنما تجب في المال الفاضل عن الحاجة، ومال المديون ليس كذلك؛ لأنه محتاج إلى¹¹ أن يقضي دينه من ذلك المال، فاعتبر مال المديون بقدر دينه معدومًا، وما وضع في الزكاة؛ إذ الدين لا يمنع الخراج اتفاقًا. من نظم الفقه.

قيَّد بـ«مستغرق»؛ لأنه لو بقي بعد الدين قدر نصاب تجب الزكاة في الفاضل اتفاقًا.

المراد بالدين: دين له مطالب من جهة العباد، سواء كان الدين لله تعالى كدين الزكاة، فإن مطالبه هو الإمام في السوائم، ونائبه في أموال التجارة، سيجيء بيانه، أو للعباد، فدين النذر والكفارة لا يكون مانعًا؛ لأن الإمام لا يطالبه ولا نائبه¹².

وفي «الكافي»: لا فرق في الدين بين المؤجل والحال، وقال الإمام البزدوي: إن كان الدين مهراً مؤجلًا لا يمنع؛ لأنه غير مطالب به عادة. وقيل: إن كان الزوج على عزم من قضائه يمنع، وإلا فلا؛ لأنه لا يعد دينًا في زعمه.

¹ د: يزد به الوجوب.

² د - علي.

³ د: متصور.

⁴ د: ولا.

⁵ د: سقطت.

⁶ د - إن.

⁷ د: يشترط.

⁸ د: تسقط.

⁹ ح: تصدقه.

¹⁰ د - به.

¹¹ د - إلى.

¹² ح: نائبه.

وقال **القُدوري**: دين النفقة ما لم يقض به القاضي لا يمنع الزكاة؛ لأنه ليس في حكم الدين. وقال الإمام التمرناشي: الدين المؤجل الذي لا يكون مهراً لا رواية فيه، إن قلنا: لا يمنع له وجه، وإن قلنا يمنع فله وجه. **(وصبيٍّ، ومجنونٍ)** أي: لا نوجب الزكاة عليهما. وقال الشافعي: يجب، ويؤمر الولي بإخراجها عنهما، وإن لم يكن لهما ولي يأخذها الإمام، أو ينصب لهما ولياً.

له: إنَّ الزكاة مؤنة مالية، فيجب عليهما، كما يجب سائر المؤمن من النفقة والعشر وصدقة الفطر. **ولنا**: إن الزكاة عبادةٌ محضةٌ، فلا يجب عليهما كالصلاة والصوم، ولا يلزمنا ما استشهد به؛ لأن النفقة حق العبد، ولهذا يتأدى بدون النية، والعشر مؤنة الأرض فيه غالبية، ولهذا يجب في الأرض الوقف، وصدقة الفطر فيها معنى المؤنة، ولهذا يجب على الغير بسبب الغير كالنفقة.

(ويشترط في العارضي إفاقة أكثر الحول لا أقله) يعني: إذا جن صاحب نصاب جنوناً عارضاً، وهو أن يبلغ مفيقاً، ثم يجن¹، قال أبو يوسف: إن كان مفيقاً في أكثر الحول؛ فعليه الزكاة، وإلا فلا. وقال محمد: إذا أفاق شيئاً من السنة وإن² قل؛ فعليه الزكاة.

قيّد³ بـ«العارضى»؛ لأن الجنون الأصلي - وهو أن يبلغ مجنوناً - يعتبر فيه ابتداء الحول من حين⁴ إفاقته اتفاقاً؛ لأن التكليف لم يسبق هذه الحالة.

وقيّد بـ«الإفاقة»؛ لأنه لو استمر جنونه سنة لا يجب عليه اتفاقاً، كما في الأصلي. لأبي يوسف: إن الأكثر يقوم مقام الكل، فالمفيق في أكثر السنة كالمفيق في كلها، فكذا المجنون في أكثرها كالمجنون في كلها.

ولمحمد: **[51و]** إن السنة للزكاة كالشهر للصوم، فلو أنه أفاق شيئاً من الشهر وإن⁵ قلَّ يلزمه الصوم، فكذا هذا. **(ولو قضى مفلس)** بتشديد اللام وفتحها من فلسه القاضي، أي: نادى في الناس بأنه مفلس **(مقرُّ ما عليه بعد أعوام؛ أفتى بعدم الوجوب عنها)** يعني: من كان له دين على مفلسٍ مقرِّ بدينه، فقضاه بعد سنين؛ فلا زكاة عليه للسنين الماضية عند محمد. وقالوا: عليه الزكاة.

قيّد بـ«مفلس»؛ لأن المديون لو كان غنياً أو معسراً مقرِّ غير مفلسٍ؛ فعليه الزكاة اتفاقاً؛ لأن الدين على المعسر ليس كالهالك. وقيّد بقوله: «مقرُّ»؛ لأنه لو كان جاحداً، فإن لم تكن له بينة لا يجب اتفاقاً. وعن أبي يوسف: إنها تجب فيه ما لم يحلفه عند القاضي؛ لاحتمال أن ينكل غريمه، فيتوصل إلى ماله. وإن كان له بينة أو علم به القاضي تجب الزكاة اتفاقاً؛ لأنه لا يعد هالكاً. وعن محمد: لا تجب الزكاة وإن⁶ كان له بينة؛ لأن البينة قد لا تقبل، والقاضي قد لا يعدل، وقد لا يظفر بالخصومة بين يديه لمانع، فيكون في حكم الهالك.

ذكر في «التحفة»: هذا هو الصحيح، أما محمد، فقد جعل ذلك المال بمنزلة الهالك لصحة التفليس عنده. وأما أبو حنيفة؛ فقد مر على أصله من أن التفليس غير صحيح؛ لأن المال غادٍ ورائح، فلا يكون كالهالك. وأما أبو يوسف؛ فقد كان مع محمد في تصحيح التفليس، لكن خالف أصله، وجعل الدين هنا بمنزلة المال رعاية لجانب الفقراء استحساناً.

(وطرد فتواه) أي: محمد عدم وجوب الزكاة **(فيما إذا لحقه)** أي: صاحب النصاب **(دين وسط الحول، فاكتسب ما قضاه في آخره)** يعني: اكتسب مالا، ففضى به دينه في آخر الحول. وقالوا: تجب عليه الزكاة.

له: إن لحوق الدين بمنزلة هلاك النصاب، وهلاكه في أثناء الحول كان مانعاً، فكذا اشتغاله بالدين.

¹ ح: جن.

² وفي هامش ح: وصل.

³ د: وقيد.

⁴ ح - حين.

⁵ وفي هامش ح: وصل.

⁶ وفي هامش ح: وصل.

ولهما: إن اشتغاله بالدين بمنزلة نقصان سعره لا كهلاكه؛ لأن المال باقٍ حقيقةً، واعتبار الكمال في كل ساعات الحول حرجٌ على صاحب المال، فاكتفي بكماله في أول الحول وآخره؛ لأن أوله وقت الانعقاد، وآخره وقت الوجوب.

(ولو أتت) أي: مضت (أعوام على ديون، أو عروض) كانت للتجارة، (فقبضت) تلك الديون، (أو نصّت) أي: نقدت تلك العروض (أوجبوها عن الكل) أي: كل الأعوام الماضية (لا عام القبض) يعني: قال مالك: عليه¹ زكاة السنة التي قبض فيها الديون والأثمان؛ لأن العروض ليس من جنس مال الزكاة قبل النقد، وكذا الدين ليس بمال حقيقةً، وإنما يصير مالاً بالقبض، فيعتبر عام قبضه لا ما قبله.

ولنا: إنها مال عرفاً وشرعاً، ولهذا يجوز الشراء بها، فكان يجب عليه عند تمام كل سنة أن يزكي منها، لكن لم يكن متمكناً من صرف جزء منها إلى المستحق، فعند القبض تمكن من الأداء، فوجب عليه أداء ما وجب قبل ذلك.

(ولو أبرأه عن دين مساوٍ لنصاب معه في بعض الحول فتّم؛ لم يوجبها، وخالفه) يعني: من كان له نصاب، وعليه دين مثله، فأبرأه الطالب عن الدين في بعض الحول، فتّم الحول الأول، قال أبو يوسف: لا زكاة عليه حتى يمضي حولٌ من يوم الإبراء؛ لأن مال المديون لم ينقصد سبباً للوجوب؛ لاشتغاله بالحاجة الأصلية، فصار كأنه ملك المال من وقت الإبراء. وقال محمد: عليه زكاة؛ لأن الدين كان مانعاً بواسطة احتمال المطالبة والأخذ، وبالإبراء بطل ذلك الاحتمال، فصار كأن لم يكن الدين أصلاً.

(ولم يجعل دين زكاة مال مستهلك مانعاً عن وجوبها في استفادٍ) يعني: من كان له نصاب ولم يزكه بعد تمام الحول، فاستهلكه، فاكتسب نصاباً آخر، وحال عليه الحول، قال أبو يوسف: دين زكاة النصاب المستهلك لا يمنع عن وجوبها في النصاب الثاني. وقال: يمنع.

قَيّد بـ«دين الزكاة»؛ لأن غيره من دين العباد يمنع اتفاقاً، ودين النذور والكفارات لا يمنع اتفاقاً. كذا في «المصنف». وقَيّد بـ«مستهلك ومستفاد»؛ لأن دين زكاة في العين يمنع وجوبها عن ذلك النصاب اتفاقاً؛ لأن جزءه صار مستحقاً، فانتقص به النصاب.

له: إن هذا الدين لا مطالب له من جهة العباد؛ لأنه بعد الاستهلاك يستحيل أن يمر به على عاشرٍ، فيطالبه. **ولهما:** إن له مطالباً من جهة العباد نظراً إلى الأصل، أما في السوائم؛ فالإمام يأخذها، وأما في أموال التجارة؛ فكان يطالبه² العمال إلى زمن عثمان رضي الله عنه، وإنما فوّض عثمان رضي الله عنه بإجماع الصحابة رضي الله عنهم زكاة الأموال الباطنة إلى ملائكتها حدراً من الفتنة، فلم يطل المطالبة بالكلية، ولهذا إذا علم الإمام من أهل بلدة ترك زكاتهم يطالبهم بها. كذا في «الغاية».

(وما أوجبناها في الضمار) وهو المال الذي يكون عينه قائماً، ولا يرجى الانتفاع به، كالمغصوب، والمال [51ظ] المجحود إذا لم يكن عليه بينة، والمفقود، والآبق، والمال الساقط في البحر، والمدفون في الصحراء المنسي مكانه. وقال زفر: يجب فيه الزكاة للسنين الماضية إذا وصلت يده إليه.

له: إن سبب الوجوب. وهو ملك النصاب النامي. وجد فيه، وفوات اليد غير مخل كمال³ ابن السبيل.

ولنا:⁴ إن الضمار ليس بمال تام؛ لأن النماء إنما يحصل بالقدرة على التصرف، ومال ابن السبيل منتفع به؛ لتمكنه من بيعه، وذا دليل القدرة.

وفي «المنتقى»: لو هرب غريمه، فإن قدر على طلبه، أو التوكيل به؛ فعليه الزكاة، وإلا فلا.

(ولا عن أعوام مرّت على نصاب مقبوض) يعني: من كان له نصاب عين لا دين، ومضت عليه سنون، ولم ينتقص⁵ النصاب فيها، ولم يزكها؛ فعليه الزكاة عن السنة الأولى فقط عندنا، وعن تلك السنين عند زفر.

له: إن الزكاة عبادةٌ، فلا يمنع دينها كدين النذر.

ولنا: إنها دين له مطالب من العباد كما قررنا قريباً.

¹ د: فعلية.

² ح: مطالبة.

³ د: كما في.

⁴ د: ولهيا.

⁵ د: ينقص.

اعلم أن المفهوم من المتن: أن دين الزكاة غير مانع عنده مطلقاً، ولكن فصل بعض على قوله: فقال: دين الزكاة عنده مانع في الأموال الظاهرة؛ لأن له مطالباً، وغير مانع في الباطنة؛ إذ لا طالب له من العباد.

(ولا نوجبها في نصاب سائمة صحت الخلطة فيه) وهي بضم الخاء: الشركة. يعني: إذا كان لرجل مثلاً عشرون شاةً، وآخر عشرون، وضح خلطهما بأن يشتركا في المسرح والمراح والمشرع والمرعى والرعي والفحل والمحلب والكلب، وزاد في «الأسرار»: أن يجمعهما بيرة واحدة¹، والاختلاط في جميع السنة، والقصد في الخلطة هل يشترط؟ فيه قولان. وشرط أيضاً أن يكون الخليطان أهلاً للوجوب، فلا أثر للخلطة مع المكاتب، فعليهما شاة عند الشافعي، خلافاً لنا.

قيّد بـ«السائمة»؛ لأنه لو كان لاثنتين مائتا درهم لا زكاة فيها اتفاقاً، ولأن الخلطة في ثمار رجلين إذا اتحد طرفها، وحافظها، ومكان حفظها، ودكان بيعها؛ غير واجبة عنده في اعتبار بلوغها خمسة أوسق؛ ليخرج منها العشر.

له: قوله صلى الله عليه وسلم: «لا يفرق بين مجتمع»، معناه: يجب فيه زكاة؛ لأنها لو لم تجب يكون تفرقاً للمجتمع. ولنا: قوله صلى الله عليه وسلم: «لا يجمع بين متفرق»، معناه: لا يجمع بين متفرق في الملك؛ لأن النصاب إذا كان ملكاً لواحد، ومتفرقاً في أمكنة؛ يؤخذ منه² الزكاة. ومعنى ما رواه: لا يفرق بين مجتمع في الملك، كمن ملك ثمانين شاة ليس للساعي أن يفرقها، ويأخذ منها شاتين.

(ونوجبها على مضارب عن نصيبه قبل القسمة) يعني: إذا كان نصيب المضارب من الربح نصيباً تجب عليه الزكاة عندنا، خلافاً للشافعي.

قيّد بـ«المضارب»؛ لأن الزكاة تجب على رب المال من حصته من الربح اتفاقاً.

وقيّد بقوله: «قبل القسمة»؛ لأنها بعدها تجب عليه الزكاة³ اتفاقاً.

له: إن استحقاق المضارب الربح ليس بطريق الأجرة؛ لأن العمل مجهول، ولا بطريق الشركة؛ لأنه لا مال له، بل بطريق العمالة، فلا يملك قبل الإفراز بالقسمة، كعامل الصدقات.

ولنا: إنهما يشتركان في الربح بتصريحهما في العقد بأن يكون رأس المال من أحدهما عملاً، ومن الآخر مالاً، فيملك المضارب نصيبه قبل القسمة، كما ملك رب المال.

(وهي واجبة عند قبض أربعين درهماً من بدل مال تجارة، ومائتين منه لغيرها، ومائتين مع الحول بعده من بدل غير مال)

توضيح هذه المسائل موقوف على تفصيل الديون، وبيان مراتبها:

الدين ثلاثة أنواع:

[1.] دين قوي، كبذل عروض التجارة، وثمن السوائم.

[2.] دين ووسط⁴، كبذل مال ليس للتجارة، كتمن عبيد الخدمة، وثياب البذلة، وأجرة دار التجارة.

[3.] وضعيف، كبذل ما ليس بمال، كالمهر، وبدل الخلع، والقصاص، والكتابة، والدية.

إذا عرفت هذا، فاعرف أن الدين إذا كان نصيباً كاملاً، وحال عليه الحول عند المديون، ثم قبضه الدائن، فعند أبي حنيفة: إن كان المقبوض من الدين القوي يجب عليه⁵ عند قبض أربعين درهماً درهم، ولا يؤدي عما نقص عنه؛ لأن في الكسور لا زكاة فيه⁶ عنده. وإن كان من الدين الوسط؛ فعند قبض مائتي درهم يجب خمسة دراهم بلا اشتراط حول فيه. وإن كان من الدين الضعيف؛ فعند قبض مائتي درهم مع مضي الحول عليه بعد القبض يجب خمسة دراهم.

له: إن الدين ليس بمال حقيقة؛ لأنه عرض، والمال جوهر، وشرعاً؛ لأن من حلف أن لا مال له لا يحنث إذا كانت له ديون غير مقبوضة، فاعتبر الدين بما هو بدله⁷، فإن كان بدلاً عن مال تجارة أخذ حكمه، فصار قوياً، فلا يشترط فيه الحول، ولا قبض

¹ د - و زاد في الأسرار.

² ح: فيه.

³ د - الزكاة.

⁴ د: ووسط.

⁵ ح - عليه.

⁶ د - فيه.

⁷ د: بدل له.

النصاب الكامل. وإن كان بدلاً عن مال ليس للتجارة؛ فباعتبار كونه بدل مال لا يشترط فيه [52و] الحول ولا قبض النصاب، وباعتبار أن المال ليس للتجارة يشترط كل منهما، فشرطنا النصاب دون الحول عملاً بالشبهين. وإن كان بدلاً عما ليس بمال يكون ضعيفاً، فاشترط الحول والنصاب؛ لأنه ليس بمال¹ باعتبار ذاته، ولا باعتبار بدله.

(والحاق الأوسط بالآخر رواية) يعني: روي الكرخي: أن أبا حنيفة ألحق الدين الأوسط بالدين الأخير² في اشترط الحول³ بعد قبض المائتين نظراً إلى أنه ليس بمال في ذاته، وترجيحاً اعتبار ذاته على اعتبار بدله.

(وأوجبا عن المقبوض مطلقاً) يعني: وقال⁴: تجب⁵ زكاة ما قبض من أي دين كان قَلَّ أو كَثُرَ؛ لأن الدينون كلها في المالية سواء، والدين ملحق بالعين، ولهذا يجوز أن يشتري⁶ به، ويتزوج⁷ عليه، وتماثل الحول عليه في الذمة كتمامه، وهو عين، فيؤدي ربع عشر ما قبض.

وفي «المحيط»: الخلاف فيما إذا لم يكن له مال غير الدين، فإن كان؛ فيضم ما قبضه إلى ما عنده اتفاقاً؛ لأنه بمنزلة الفائدة.

(وشرطا الحول بعد النصاب) أي: بعد قبضه (في الدية، والأرش، وبدل الكتابة) يعني: استثنيا من حكم الدينون دين بدل الكتابة، والدية، والأرش، وشرطا في المقبوض منها النصاب والحول؛ لأن دين بدل الكتابة ليس بدين حقيقة، فلهذا لا تصح⁸ الكفالة به، وكذلك الدية يكون واجبة على العاقلة بطريق إطفاء لنائرة القتل، والصلوات لا تملك قبل القبض، ولهذا لا يستوفى من تركة من مات من العاقلة.

(والنصاب المعين من السائمة مهراً لا يجب فيه بعد الحول قبل القبض) يعني: إذا تزوج رجل امرأة على نصاب معين كخمسة من الإبل المعينة، وأربعين من الشياه المعينة، فحال عليها الحول في يده، ثم قبضته بعد تمام الحول؛ لا زكاة فيه عليها عند أبي حنيفة. وقال: عليها الزكاة.

قَيَّدَ «المعين»؛ لأنه لو لم يكن معيناً لا زكاة عليها حتى يتم الحول بعد القبض اتفاقاً.

وقَيَّدَ «السائمة»؛ لأنه لو لم يكن سائمة لا⁹ تجب الزكاة عليها اتفاقاً.

اعلم أن قيد السائمة وكونها معينة على تقدير أن يكون المهر من المواشي؛ لأنه لو كان دراهم أو دنانير، والمسألة مصورة بحالها؛ فالخلاف كذلك. كذا في «الكافي».

وقَيَّدَ بقوله: «مهراً»؛ لأن النصاب لو كان مشترى أو موروثاً¹⁰ أو موسى به تجب الزكاة عليها اتفاقاً، ولو كان موهوباً لا يجب اتفاقاً.

وقَيَّدَ بقوله: «لا تجب» أي: الزكاة عليها؛ لأن سائر المؤمن يجب عليها اتفاقاً، وزكاته لا تجب على الزوج اتفاقاً.

وقَيَّدَ بقوله: «بعد الحول»؛ لأنها قبله لا تجب اتفاقاً.

وقَيَّدَ بقوله: «قبل القبض»؛ لأن النصاب لو كان في يدها يجب عليها اتفاقاً.

له: إنَّ ملكها فيه ضعيفٌ؛ لأنه يبطل بردتها، وتقبييل ابن زوجها، ويتنصف بطلاقها قبل الدخول، فلا يكون سبباً لوجوب الزكاة، كالدية، وبدل الكتابة قبل القبض.

ولهما: إنَّها تملك التصرف كيف تشاء ببدلٍ وبغيره، ويورث عنها، فتجب الزكاة فيه قياساً على ما بعد القبض.

1 د: مالاً.

2 د: الآخر.

3 د - الحول.

4 د: قال.

5 د: يجب.

6 ح: شرى.

7 د: تزوج.

8 ح: يصح.

9 د: فلا.

10 د: موروثاً أو مشترى.

(وألزمناها بزكاة النصف المردود بعد الحول من ألف قبضت مهرًا لطلاق قبل المسيس) يعني: إذا تزوج امرأة على ألف، فقبضتها، وتم¹ الحول عليها في يدها، ثم طلقها قبل الدخول بها؛ فعليها رد نصفها اتفاقًا، لكن زكاة النصف المردود لا تسقط² عنها عندنا، ويسقط عند زفر.

وفي «الحقائق»: وضع المسألة في النقد؛ لأن المهر لو كان عينًا، أو سائمة بعينها، أو بغير عينها، والمسألة بحالها؛ يسقط عنها زكاة ما عاد إلى الزوج اتفاقًا.

وفي «المحيط»: الصحيح: أنه لا تفاوت بين أن تزوجها على إبل بعينها أو بغير عينها.

له: إنَّ النصف لما وجب رده صار كأنها لم تملك عليه من الأصل لانفساخ أخذها.

ولنا: إنَّ الواجب عليها ردُّ نصف الألف دينًا عليها، لا ردَّ نصف ما قبضته عينًا، فلم يرد الاستحقاق على ما وجبت فيه الزكاة، فلا يسقط بعد وجوبها.

(وأسقطناها عن الموهوب له في مرجوع فيه مطلقًا بعد حول) يعني: من وهب نصابًا لرجل، فلما حال عليه الحول رجع

فيه؛ تسقط³ عنه الزكاة عندنا، سواء رجع بقضاء القاضي أو بدونه.

(لا إن كان بقضاء) أي: لا أسقطناها إن كان الرجوع بقضاء، يعني: قال زفر: يسقط عنه إن رجع بقضاء القاضي، ولا

يسقط⁴ إن رجع بغيره.

قيد بـ«الموهوب له»؛ لأنه لا زكاة فيه على الواهب اتفاقًا؛ لأنه غير مالك للموهوب في ذلك الحول.

له: إنه فسخ العقد بالتراضي، وأبطل ملكه باختياره، فصار كهبة جديدة.

ولنا: إن مال الزكاة استحق في يده بغير اختياره، فينزل بمنزلة⁵ الهلاك، والموهوب⁶ له مضطرٌّ معني؛ لأنه لو لم يفسخه

يفسخه القاضي جبرًا؛ إذ لا مانع عن رجوعه، فيكون القضاء وعدمه سواء.

(وقطعنا حول السائمة لاستبدالها مطلقًا) يعني: من كان له نصاب من السائمة، فاستبدل بها في آخر الحول من جنسها

من السائمة، أو خلاف جنسها، وهذا معنى [52ظ] قوله: «مطلقًا»؛ انقطع حكم هذا الحول عندنا، فيبدأ بحول آخر لما استبدل به.

(لا إن كان بخلاف الجنس) يعني: قال زفر: إن استبدل بها من غير جنسها انقطع الحول، وإن استبدل بها من جنسها لم

ينقطع، فإذا تم الحول تجب⁷ عليه الزكاة.

له: إن البدل المجانس يأخذ حكم الأصل، فيكون الحول الأول باقيا في حقه، ولا كذلك غير المجانس، كما أن المستفاد

في أثناء الحول إذا كان من جنس النصاب يضم إليه، ويذكر بحوله، وإن⁸ كان من خلاف جنسه لا يضم.

ولنا: إن استنماء السائمة من عينها درًّا ونسلًا، فالشرط أن يتم الحول على عينها، فإذا استبدلت يفوت عينها، فيفوت شرط

الوجوب.

قيد بـ«السائمة»؛ لأن عروض التجارة إذا استبدلت لا ينقطع الحول الأول اتفاقًا؛ لأن الاستنماء من ماليتها، وهي باقية مع

الاستبدال. وكذا إذا استبدل الذهب بالفضة لا ينقطع الحول الأول اتفاقًا، فلو استبدل بعد تمام الحول تبطل اتفاقًا. من «الحقائق».

(ويجيز الحيلة لدفعها) أي: يجيز أبو يوسف الحيلة لدفع وجوب الزكاة. (وكرهها) محمد.

قيد بـ«الدفع»؛ إذ الاحتيال بعد وجوب الزكاة يكره اتفاقًا.

له: إنَّ الزكاة لنفع الفقراء، وفي الحيلة إضرار لهم.

1 د: فتم.

2 ح: يسقط.

3 د: يسقط.

4 د: تسقط.

5 د: فتنزل منزلة.

6 ح: والموهوب.

7 ح: يجب.

8 د: وإذا.

ولأبي يوسف: أنه امتناع من الوجوب لا إبطال لحق الغير؛ لأنه ربما يخاف أن لا يمثل أمره، فيكون عاصياً، والفرار من المعصية طاعة، وهذا أصحُّ. كذا في «المحيط».

وكذا الخلاف في الحيلة للشفعة.

قيل: الفتوى في الشفعة على قول أبي يوسف، وفي الزكاة على قول محمد. وهذا تفصيل حسنٌ.

(ولا تأخذها من سائمةٍ امتنع ربُّها من أدائها بغير رضاه، بل نأمره ليؤدِّيها اختياراً) يعني: إذا امتنع مالكُ السائمة عن أداء

الزكاة لا يأخذها المصدِّقُ جبراً عندنا، بل يحبسُ حتى يؤدِّيها بنفسه. وقال الشافعي: يأخذها المصدِّقُ جبراً.

قيد بـ«السائمة»؛ لأنَّ الزكاة في الأموال الباطنة كالنقدين وعروض التجارة لا تؤخذ جبراً اتفاقاً.

له: إنَّ الأخذَ حقُّ الإمام؛ لقوله تعالى: ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً﴾ [التوبة، 103/9]، فله أن يجبر عليه، كالدائن إذا ظفر

بجنسٍ حقِّه من مال المديون.

ولنا: إنَّ الزكاة عبادةٌ، فلا يؤدَّى بلا اختيارٍ، وفي قوله تعالى: ﴿صَدَقَةً﴾ [التوبة، 103/9] إشارةٌ إليه؛ لأنَّها إنما تكون²

صدقةً بنية القرية.

(ولا من التركة إن لم يوص) يعني: إذا مات من عليه زكاةٌ سائمةٌ؛ لا يأخذها الإمام من تركته عندنا، إلا إذا أوصى بإخراجها،

فحينئذٍ يأخذها من ثلث ماله. وقال الشافعي: يأخذها من تركته سواء أوصى أو لم يوص. وهذه المسألة متفرعةٌ لما قبلها.

(ويأخذ المصدِّق) وهو الذي نصبه الإمام لأخذ الصدقات³ (الوسط)؛ لأنَّ في أخذ الوسط رعايةً للجانبين.

(ونجيزُ أخذَ القيمة) في الزكاة. وقال الشافعي: لا يجوز. وفي «المصنعي»: كذا الخلاف في العشر، والخراج، والكفارة،

وصدقة الفطر، والندر.

له: إنَّها قرينةٌ تعلَّقت بمحلِّ، ولا يتأدَّى بغيرها، كالهدايا والضحايا.

ولنا: إنَّ أداءَ البعير عن خمسةٍ من الإبل جائر اتفاقاً، والشرعُ أوجب فيها شاةً، فدل أن البعير قائم مقام الشاة بطريق القيمة،

فيجوز في غير البعير دفعُ القيمة. وإنما لم يجز في الهدايا والضحايا؛ لأنَّ المعتمرَ فيها الإراقة، وهي لا تحصل في دفع قيمتها، وفي

الجزية يجوز أخذُ القيمة اتفاقاً، بأن أدى الثياب مكان الدنانير. كذا في «مختلف الصدر الشهيد».

(حتى إذا وجب سنٌّ وفقد) أي: وجب ذات سنٍّ ولم يوجد في نصابه، (أخذ) المصدِّق (الأعلى، أو الأدنى) أي: الأعلى

من السنِّ أو الأدنى منه، (ورد) فضلُ القيمة في صورة أخذه⁴ الأعلى، (واسترد) أي: أخذ من المالك ما يتُّم به قيمة السنِّ من الدراهم

في صورة أخذه الأدنى.

اعلم أنَّ ظاهرَ المتن يدلُّ على أنَّ الخيار للمصدق، والصواب: أنَّه لرب المال؛ لأنه شرع رفقا عليه، والرفق إنما يتحقَّق

بتخييره، ويجبر الساعي على القبول، إلا إذا دفع المالكُ أعلى من الواجب، وطلب الفضل؛ لأنه شراءٌ بالزيادة، ولا إجبارٌ فيه،

وللمصدق أن يطلب الواجب أو قيمته.

اعلم أنَّ قوله: «وفقد» قيدٌ اتفاقيٌّ؛ لأنه لو دفع القيمة أو الأعلى أو الأدنى مع وجود السنِّ الواجب جاز. كذا في «التبيين».

(واعتبرنا القدرَ دونها) أي: دون القيمة (في التصاب الكلي والوزني). مثلاً: إذا أدى أربعة أفقره جيدة عن خمسة رديئة، أو

أربعة دراهم جيادٍ عن خمسة زبوفٍ؛ لا يجزئ عندنا إلا عن أربعة، فعليه فقيرٌ أو درهمٌ. وعند زفر: يجزئه. هذا إذا أدَّى من جنسه، وأما

إذا أداها من خلاف جنسه⁵، فالمعتبر هو القيمة اتفاقاً؛ لأنَّ الجودة في أموال الربا⁶ متقومةٌ عند المقابلة بخلاف جنسها. وإنما وضع

في أموال [53و] الربا؛ إذ في غيرها يعتبرُ القيمة اتفاقاً. كذا في «الحقائق».

له: إنَّ عدمَ اعتبار القيمة في الأموال الربويَّة كان حذرًا عن الربا، ولا ربا بين المولى وعبده، فيعتبر القيمة.

1 ح - على.

2 ح: يكون.

3 د: الصدقة.

4 ح: أخذ.

5 د: جنسها.

6 ح: الربوية.

ولنا: إنَّ الله تعالى جعلنا بمنزلة المكاتبين، حيث استقرض مِنَّا، وأوجب الجزاء في إعطاء مكاسبنا، والربا حرامٌ بين المولى ومكاتبه، فكذا بيننا وبين الله.

(واعتبر الأنفع للفقير) يعني: اعتبر محمدٌ ما هو الأنفع للفقير من قدر الزكاة وقيمتها، مثلاً: إذا أدى خمسة دراهم زيوفاً عن خمسة جياذٍ لا يجزئ عند محمد، فيؤدِّي الفضل إلى تمام قيمة الواجب. وقالوا: يجوز؛ لأنَّ الجودة ساقطة العبرة في الأموال الربويَّة، فيعتبر القدر. هذا إذا كان المال زيوفاً وأدَّى من جنسه. وأما إذا أدى من خلاف جنسه؛ فالقيمة معتبرة اتفاقاً. ولو أدى أربعة جياذاً عن خمسة زيوفاً وقيمتها سواء؛ لا يجوز إلا عن أربعة اتفاقاً. أما عندهما، فظاهر؛ لأنهما يعتبران القدر. وكذا عند محمد؛ لأنه يعتبر الأنفع، والقدر ههنا أنفع. وعند زفر: يجوز عن الخمسة؛ لأنَّه يعتبر القيمة فقط. ولو أدى خمسة جياذاً عن خمسة زيوفاً يجوز اتفاقاً على اختلاف التخريج.

(ونضمُّ المستفاد) المراد من الضمِّ: أن تجب الزكاة في الفائدة عند تمام الحول على الأصل؛ إذ لو كان ناقصاً وكمل بالمستفاد وانقعد¹ الحول، فلا يضم اتفاقاً. هذا إذا كان المستفاد في خلال الحول. أما بعد الحول يستأنف حول آخر اتفاقاً. من «الحقائق».

(إلى جنسه ونزكيه بحوله) يعني: من كان له نصاب، فاستفاد في أثناء الحول من جنسه مألأً بأيِّ وجهٍ كان؛ تجب الزكاة في الفائدة نصاباً كان أو غيره إذا تمَّ الحول على الأصل عندنا. وقال الشافعيُّ: لا يجب، بل يستأنف للفائدة حول آخر؛ لأنَّ المستفاد أصلٌ بنفسه في السببية، فيشترط له حول، إلا أن يكون أولاداً، فإنها تضمُّ؛ لأنها تابعة لأصلها، ولهذا استحقتها من يستحق الأصل. ولنا: إنَّ اتحاد الجنس والملك يوجب الاتحاد في المعنى المقصود، فيجب الضمُّ، والحول إنما شرع للتيسير. ولو اعتبر لكلِّ مستفادٍ مع كثرة أسبابه؛ لأدى إلى التعسير.

قيد بقوله: «إلى جنسه»؛ لأنَّ المستفاد لا يضمُّ إلى غير جنسه اتفاقاً، كما إذا كانت له إبل، فاستفاد بقراً.

(وأجاز التعجيل) يعني: إذا عجل الزكاة بعدما ملك نصاباً قبل تمام الحول جاز عندنا، خلافاً لمالك.

له: إنَّ سبب وجوبها ملكٌ نصابٍ حولي، فأداؤها قبل الحول كأداء الظهر قبل الوقت.

ولنا: إنَّ السبب ملكٌ النصاب، والحول شرطٌ للتيسير، فلا يكون كالصلاة قبل الوقت؛ لأنه سببها.

وفي «النهاية»: المعجل إنما يقع زكاةً إذا تمَّ الحول، والنصاب كاملٌ بدونه. وأما إذا كمل به، كما إذا عجل شاةً من أربعين، فحال عليه² الحول وعنده تسعة وثلاثون؛ لا تقع³ زكاةٌ لعدم وجوبها عليه. فإن كان ما عجله قائماً في يد الساعي أو الإمام أخذه، وإن باعه الإمام ليتصدق أخذ ثمنه، وإن كان صرف إلى الفقير وقع نفلاً، فلا يسترده.

وذكر في «الكفاية»: هذا سهوٌ من صاحب «النهاية»؛ لأنَّه أخذ هذه المسألة من «الزيادات»، لكنَّها مؤولة؛ لأن ما ذكر من أن المعجل إن كان قائماً في يد الساعي أو الإمام أخذه المالك محمولاً على ما إذا انتقص النصاب في يد المالك بعد تعجيل الشاة؛ لأنه لو انتقص بالمعجل يقع ما عجله عن الزكاة؛ لأن يد الساعي يد المالك في حقِّ تكميل⁴ النصاب إذا تمَّ الحول والشاة في يده، بدليل ما ذكر في «الإيضاح»: إذا صرف الزكاة إلى الإمام، ثم تمَّ الحول والباقي في يده؛ وقع الذي في يد الإمام عن الزكاة، وإن انتقص مما كان في يده كان له أن يسترده من الإمام.

(ولا يمنعه) أي: أبو يوسف التعجيل (في العشر قبل خروج الثمر، ومنعه).

قيد بقوله: «قبل الخروج»؛ لأن التعجيل بعده يجوز اتفاقاً.

وقيد بـ«الثمر»؛ لأنه لو عجل عشر أرضه قبل الزراعة لا يجوز اتفاقاً، وبعد الزرع قبل النبات على الخلاف في الأصح، وبعد

النبات يجوز اتفاقاً. كذا في «الحقائق».

له: إنَّ سبب وجوب⁵ العشر الأرض النامية بالخارج، والشجر للثمر بمنزلة ساق الزرع للحب، فيجوز تعجيله، كما في الزرع.

¹ د: مع المستفاد وانقعدت.

² د - عليه.

³ د: يقع.

⁴ د: تملك.

⁵ د - وجوب.

ولهما: إنَّ الخارجَ هو الثمارُ لا الأشجارُ عادةً، حتى لو قطعت وصارت¹ حطبًا لا يجب فيها العشرُ، بخلاف الزرع، فإنه لو فصل يجب فيه العشر اتفاقًا.

أقول: قوله: «ومنعه» مستدرِكٌ؛ لأنه في طرف الإثبات.

(وأجزناه عن نصبٍ تستفادُ بعد ملكٍ فردٍ) أي: نصابٍ واحدٍ، يعني: من ملك نصابًا، فعجَّلَ زكاةَ نصبٍ، وتمَّ الحولُ على الكلِّ؛ يجوز عن الكلِّ. وقال زفر: لا يجوز إلا عن نصابٍ واحدٍ.

قيدٌ بقوله: «بعد ملك [53ظ] فردٍ»؛ لأنه لو لم يملك نصابًا لا يجوز اتفاقًا.

له: إنَّ التعجيلَ عن المستفاد كان قبل ملكه، فلا يجوز.

ولنا: إنَّ النصابَ الأولُ هو الأصلُ في السببية، والمستفادُ تبعٌ له في حَقِّ الوجود، فيزكي بحول الأول.

(ولم نضمِّن الساعي بتعجيله² إلى فقيرٍ استغنى آخرَ الحول) يعني: إذا عَجَّلَ الساعي الزكاةَ، فدفعها إلى فقيرٍ، فأيسر قبل

تمام الحول، أو مات، أو ارتدَّ؛ جاز ولم يضمن الساعي ما عَجَّلَ به عندنا. وقال الشافعي: يضمنُ إلا أن يكون اليسارُ من ذلك المال. هذا إذا لم يكن بسؤالٍ من المالك أو الفقير عن الساعي، فإن كان؛ فالضمانُ على من يسأله³.

له: إنَّ وقوعَ المعجل زكاةً ثبت عند تمام الحول، فإذا تبين فيه⁴ أنه غيرُ مصرفٍ كان الساعي بالدفع إليه مستهلكًا، فيضمن.

ولنا: إنَّه كان حين الدفع مصرفًا، وبقاؤه كذا ليس بشرطٍ، ولم يصدرُ فيه من الساعي جنائيةٌ، فلا يضمن.

(والمأمورُ بالأداء) أي: بأداء الزكاة (إذا أدَّى بعد الأمر) أي: بعد أداء المالك زكاته، (ضامنٌ) للمالك عند أبي حنيفة، سواء

علم بأداء الموكل أو لم يعلم، (وشرطًا له العلم) يعني: قالوا: إنما يضمنُ إذا أعطاهما بعدما علم أداء الأمر.

قيدٌ بقوله: «بعد الأمر»؛ لأنه لو أدَّى الوكيل قبل أداء الموكل لا يضمن اتفاقًا.

لهما: إنَّ الوكيلَ أتى بما هو في وسعه، وهو صرفُ مقدار الزكاة من ماله إلى الفقير، وأما وقوعه زكاةً؛ فلم يكن في وسعه، وأما إذا علم بأدائه؛ كان مستهلكًا ذلك المقدار، فيضمنُ.

اعلم أنَّ المذكورَ في المتن موافقٌ لما في الأصل، مخالفتٌ لما في «المنظومة» من أنَّ المأمورَ لا يضمن عندهما، سواء علم أو

لم يعلم، قياسًا على أنَّ الوكيلَ يذبح دم الإحصار إذا ذبحه بعد زوال الإحصار عن الموكل لا يضمنُ علم أو لم يعلم.

وله: إنَّ الوكيلَ كان مأمورًا بأداء زكاة الموكل، ودفع الوكيل لم يقع أداءً، فيضمن لمخالفته فيما أمر به، على أنَّ الوكيل صار

معزولًا حكمًا لأداء الموكل، وعلم الوكيل بالعزل الحكمي ليس⁵ بشرطٍ في انزاله، كالوكيل بالبيع إذا باع⁶ الموكل ينزل وإن لم يعلم.

وأما دمُ الإحصار؛ فعلى الخلاف، ولئن سلِّمَ فهو ليس بواجبٍ؛ لأنه يمكن أن يزول الإحصارُ، فيحجج ولا يذبح. وأما أداء الزكاة؛ فواجبٌ، فصار إسقاطه مقصودًا، فيضمن إذا لم يحصل مقصودُ الموكل.

(وأسقطنا تعيينَ الناذر اليومَ والدرهمَ والفقير⁸) يعني⁹: إذا قال الناذرُ: عليَّ أن أتصدَّقَ اليومَ بهذا الدرهم على هذا الفقير،

فتصدق غدًا درهمًا آخرَ على غيره؛ يجزئه عندنا، ولا يجزئه عند زفر؛ لأنه أتى بغير ما التزم بنذره، فلا يعتبر عنه.

ولنا: إنَّ ما هو قرينةٌ. وهو أصلُ التصدق. دخل تحت النذر، وقد أعطاه، والتعيين ليس بقرينةٍ، فيبطل.

(فصل) في سائمة الإبل

تقدَّم معنى السائمة في أول الكتاب.

¹ د: فصارت.

² د: لتعجيله.

³ د: سأله.

⁴ د - فيه.

⁵ ح: وليس.

⁶ د: باعه.

⁷ وفي هامش ح: وصل.

⁸ د: الفقير.

⁹ ح - يعني.

تجب شاةٌ في خمسٍ من الإبل بختًا كان أو عرابًا؛ لأنَّ اسمَ الإبل يتناولهما. البختُ جمع بختي، وهو الذي يولد¹ من العربي والفالج، وهو الجمالُ الضخْمُ ذو السنامين منسوبٌ إلى بخت نصر، والعراب جمع عربي. كذا في «التبيين».

وشاتان في عشرٍ إبل، (وثلاث) شياه (في خمسة عشر، وأربع في عشرين إلى خمس وعشرين، فبنتُ مخاضٍ) أي: إذا بلغ الإبلُ خمسًا وعشرين يجب² فيها بنتُ مخاضٍ، وهي التي تمَّ لها حولٌ وطعنت في الثانية. (وبنت لبون) وهي التي طعنت في الثالثة (في ست وثلاثين، وحقَّة) وهي التي طعنت في الرابعة (في ست وأربعين، وجدعة) وهي التي طعنت في الخامسة (في إحدى وستين) إبلاً، (وبنتا لبون في ست وسبعين، وحققتان في إحدى وتسعين إلى مائة وعشرين) إبلاً. وبهذه المقادير اشتهرت كتب الصدقات من رسول الله صلى الله عليه وسلم.

وفي «التحفة»: الواجبُ في الإبل هي الإناث، فلا يجوز الذكران إلا بطريق القيمة.

(ثم تستأنفُ الفريضةُ إلى فرض خمس وعشرين) يعني: إذا زاد على مائةٍ وعشرين خمس إبل³؛ ففيها شاةٌ مع الحقتين، وإذا زاد عشرٌ؛ فشاتان مع الحقتين، وإذا زاد خمسة عشر؛ فثلاث شياه مع الحقتين، وإذا زاد عشرون؛ فأربع شياه مع الحقتين، وإذا زاد خمس وعشرون؛ فبنت مخاض مع الحقتين. فجملةُ النصاب يكون مائة وخمسة وأربعين.

(ويجب ثلاثُ حقاقي في مائة وخمسين) يعني: إذا زاد خمسٌ على مائة وخمسة وأربعين يجب ثلاثُ حقاقي، (ثم إلى ستٍ وأربعين) يعني: ثم تستأنفُ الفريضةُ، فيجب في كل خمس إبلٍ زادت على مائةٍ وخمسين شاةٌ مع ثلاث حقاقي إلى خمس وعشرين، فيكون مع الأول مائة وخمسة وسبعين، ففيها بنتُ مخاضٍ مع ثلاث حقاقي. فإذا زاد عليها أحد عشر صار مائة وستة وثمانين، ففيها بنتُ لبون وثلاثُ حقاقي. فإذا زاد عليها [54و] عشر صار⁴ مائة وستة وتسعين. (فأربعُ حقاقي) أي: فيجب فيها أربعُ حقاقي (إلى مائتين. ثم تستأنفُ أبدًا) يعني: تستأنفُ⁵ الفريضةُ عندنا (كهذه الخمسين) على حذف المضاف، أي: كاستئناف هذه الخمسين، وهو الاستئناف الكائن بعد مائة وخمسين. احترز به عن الاستئناف الأول، وهو الاستئناف الذي بعد مائة وعشرين.

والفرقُ بينهما: أنَّ في الاستئناف الثاني إيجابُ بنت لبون، وفي الاستئناف الأول لم يكن لانعدام نصابه، وأنَّ الواجب في الاستئناف الأول تعيّر من الخمس إلى الخمس إلى أن يستأنف الفريضةُ، وفي الاستئناف الثاني لم يكن كذلك⁶، فيجب بعد المائتين في كلِّ خمس شاةٌ إلى خمس وعشرين، ثم بنتُ مخاضٍ إلى ست وثلاثين، ثم بنتُ لبون إلى ستٍ وأربعين، ثم حقَّةٌ إلى خمسين، ثم يستأنف الفريضةُ بعد المائتين والخمسين، هكذا.

(لا في كلِّ أربعين بنت لبون، وفي كلِّ خمسين حقَّةٌ من غير استئناف). يعني: قال الشافعي: إذا زادت واحدة على مائةٍ وعشرين يتعيّر الواجبُ، فيجب فيها ثلاث بنات لبون؛ لأنها ثلاث أربعين⁷ إلى مائة وثلاثين، ففيها حقَّةٌ وبنتا لبون؛ لأنها أربعينان وخمسون إلى مائة وأربعين ففيها حققتان وبنت لبون؛ لأنها خمسينان وأربعون، فيدور هكذا؛ لما روي «أنه صلى الله عليه وسلم قال: إذا زادت الإبل على مائة وعشرين؛ ففي كلِّ أربعين بنت لبون، وفي كلِّ خمسين حقَّة».

ولنا: ما روي «أنه صلى الله عليه وسلم كتب لعمر بن حزم: إنَّ ما زاد على المائة والعشرين؛ ففي كل خمس شاةٌ»، والاستئناف الذي ذكرناه مذهبُ ابن مسعود وعلي رضي الله عنهما، وكانا من أئمة الصحابة، وكان عليُّ رضي الله عنه عاملَ رسول الله صلى الله عليه وسلم على الصدقة، وكان أعلم بحال الرِّكاة، وما رواه الشافعي لا ينفي الواجب عما دونه، وما رويناه مثبتٌ لزيادة الواجب، فالعملُ بالمشتبك أولى.

¹ د: تولد.

² د: فيجب.

³ د: من الإبل.

⁴ د: يصير.

⁵ د: يستأنف.

⁶ ح: كذا.

⁷ د: أربعينان.

(فصل) في زكاة سائمة البقر

(يجب تبيع أو تبيعة¹ وهي ما طعنت في الثانية (في ثلاثين من البقر والجواميس) وهي صنف من البقر. وعند الاختلاط يجب ضم بعضها إلى بعض لتكميل النصاب، ويؤخذ الزكاة من أغلبها إن كان بعضها أكثر، وإن لم يكن يؤخذ أعلى الأدنى، أو أدنى الأعلى. وعلى هذا الحكم البحث والعراب والضأن والماعز².

(ومسنة³ وهي ما طعنت في الثالثة (في أربعين)، هكذا روي³ عن النبي صلى الله عليه وسلم. (والزائد بحسابه كربع عشرها في الواحدة) يعني: إذا زاد على الأربعين؛ فعن أبي حنيفة: ثلاث روايات:

[1]. إحداهما: إنَّه يجب في الزائد جزء من أربعين جزءًا من مسنة، بيانه: أن يقوم المسنة، ويجعل قيمتها أربعين جزءًا، فإذا زادت واحدة يعطى جزء منها، وهو ربع عشر مسنة، فإذا⁴ زادت ثنتان يعطى جزأين منها، وهو نصف عشر مسنة، وإذا زاد ثلاث يعطى ثلاثة⁵ أجزاء منها، وهو ثلاثة أرباع عشر مسنة، وعلى هذا يزيد الواجب على حساب الزائد إلى أن يبلغ ستين؛ لإطلاق قوله صلى الله عليه وسلم: «هاتوا ربع عشر أموالكم»، إلا أنَّ ما دون النصاب ومواضع العفو مستثناة بالنص، ولا نص في كون ما بين الأربعين والستين معفوًا.

[2]. (أو عفوًا⁷ إلى خمسين) وهذه هي الرواية الثانية، يعني: لا شيء في الزائد حتى يبلغ خمسين. (فمسنة⁸ وربع) يعني: إذا بلغ خمسين يجب فيها مسنة وربع مسنة؛ لما روي أنه صلى الله عليه وسلم قال لمعاذ: «لا تأخذ صدقة البقر ما بين الأربعين إلى الخمسين، وما بين الخمسين إلى الستين»، فجعل الخمسين حدًا كالستين.

[3]. (أو ستين كقولهما) يعني: أو عفوًا إلى ستين، وهذه هي⁹ الرواية الثالثة، وهي قول صاحبيه؛ لما روي أنه صلى الله عليه وسلم قال لمعاذ: «لا تأخذ من أوقاص البقر شيئًا»، وقد فسرت بما بين الأربعين إلى الستين. وأجاب عنهما الإمام: بأنها فسرت بصغارها، وهي العجاجيل، فلا يكون حجّة.

(فتبيعان أو تبيعتان) يعني: إذا بلغ إلى ستين يجب فيه تبيعان أو تبيعتان، (وفي سبعين مسنة وتبيع، وفي ثمانين مستنان، وفي تسعين ثلاثة أتبعه، وفي مائة تبيعان ومسنة، ويتغير الفرض هكذا في كل عشر) يعني: إذا صارت مائة وعشراً؛ ففيها مستنان وتبيع، وإذا صارت مائة وعشرين؛ فثلاث مسنات أو أربع أتبعه، وعلى هذا؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «في كل ثلاثين من البقر تبيع أو تبيعة، وفي كل أربعين مسنة».

(ولم يوجبوا فيها وفي الإبل) حال كونها (عوامل) وهي المعدة للأعمال، (وحوامل) وهي المعدة لحمل الأثقال. وقال مالك: تجب الزكاة فيها؛ لإطلاق النصوص الواردة في البقر والإبل.

ولنا: قوله صلى الله عليه وسلم: «ليس في الحوامل والعوامل صدقة»، والنصوص الواردة مقيدة بالإسامة؛ لما ورد في حديث آخر: «في ثلاثين من البقر السائمة تبيع».

(فصل) في زكاة سائمة الغنم

(تجب شاة¹⁰ ذكرًا كان أو أنثى (في أربعين من الغنم إلى مائة وعشرين، ولا نجيز الجذعة) أي: أخذها في الزكاة، وهي عند الفقهاء: التي أتى عليها أكثر الحول، وعند اللغويين: [54ظ] ما طعنت في السنة الثانية؛ بل إنما يجوز عندنا الثني، وهو عندهم ما تمت له سنة، وعند أهل اللغويين: ما طعنت في السنة الثالثة. وقال الشافعي: يجوز الجذعة في الزكاة، كما جازت في التضحية.

¹ د: فهي.

² د: والمعز.

³ ح: رواه.

⁴ د: وإذا.

⁵ د: ثلاث.

⁶ د: ثلاث.

⁷ د: عفو.

⁸ ح - الخمسين.

⁹ د: على.

¹⁰ د: كانت.

ولنا: قوله صلى الله عليه وسلم: «لا يؤخذ في الزكاة إلا الثني».

(وثنتان) أي: يجب شاتان (في الزائد إلى مائتين وثلاث) أي: يجب ثلاث شياهُ (في الزائد إلى أربع مائة فأربع) أي: يجب أربع في أربع مائة، (ثم شاة في كل مائة) يعني: يجب خمس في خمس مائة، وهكذا.

(فصل) في زكاة سائمة الخيل

(وهو) أي: مالك الخيل (مخيّر) عند أبي حنيفة (بين إخراج دينارٍ عن كل فرس من المتناسلة) أي: من الخيل السائمة للسنل (وبين فرض مائتي درهم قيمة) يعني: بين إخراج الزكاة بأن يقوّم¹ الخيل، ويعطي عن كل مائتي درهم خمس دراهم.

قيل: هذا التخيير في الأفراس المتساوية، وأما في الأفراس المتفاوتة قيمة؛ فالزكاة باعتبار القيمة.

وفي «الكفاية»: لا يأخذ الإمام صدقة الخيل جبراً، كما يأخذ صدقة سائر السوائم.

(ولم يوجبا شيئاً) أي: قالوا: لا زكاة في الخيل السائمة.

قيد «المتناسلة»؛ لأنها لو² كانت للتجارة تجب فيها الزكاة اتفاقاً. وإن كانت غير سائمة لا تجب فيها اتفاقاً، وإن كانت إسامته للركوب والجهاد لا تجب اتفاقاً.

(وفي الإناث والدُّكُور الخُلص روايتان) عن أبي حنيفة: في رواية عنه: تجب في الإناث المنفردة زكاة؛ لإمكان التناسل بالفحل المستعار. وفي رواية عنه: لا تجب لعدم التناسل. وكذا إذا كانت الخيل ذكورة منفردة في رواية عنه: تجب قياساً على سائر السوائم، وفي الأخرى: لا تجب، وهي الأشبه؛ لعدم النماء، بخلاف ذكور الإبل والبقر والغنم المنفردات؛ لأن لحمها مأكول، وهو يزداد باليسمن، ولحم الخيل ليس كذلك.

لهما: قوله صلى الله عليه وسلم: «ليس على المسلم صدقة في عبده ولا في فرسه».

وله: ما روي «أن عمر رضي الله عنه كتب إلى أبي عبيدة في صدقة الخيل: خيّر أربابها، فإن شاؤوا أدوا عن كل فرس ديناراً، وإلا قوّمها، فخذ من كل مائتي درهم خمسة³ دراهم»، والفرس فيما رواه محمود على فرس الغازي؛ لما روي عن زيد بن ثابت كذا. وفي⁴ «الينابيع»: الفتوى على قولهما.

(ولا شيء في البغال والحمير لغير تجارة) لقوله صلى الله عليه وسلم: «ليس في الكسعة صدقة»، الكسعة: الحمير، فإذا لم

يجب في الحمير لا يجب في البغال؛ لأنها من نسلها.

(ويوجب) أبو يوسف (في الفصلان) جمع فصيل، وهو ولد الناقة، (والحملان) جمع حمل بفتح الميم، وهو ولد الغنم، (والعجاجيل) جمع عجول بكسر العين وتشديد الجيم، وهو ولد البقرة (واحدة منها، ومنعنا أخذ ما يجب في المسان) تصوير المسألة: بأن يكون لرجل مثلاً خمس وعشرون ناقة، وثلاثون بقرة، وأربعون غنماً، فولدت أولاداً قبل تمام الحول، فهلكت الأمهات، وبقي الأولاد، أو استفاد صغاراً، فهلكت المسان، فتم الحول عليها، ففي وجوب الزكاة فيها ما سمعت من خلاف⁵.

حكى عن أبي يوسف أنه قال: سألت أبا حنيفة عن أربعين حملاً؟ فقال: يجب فيها شاة مسنة. فقلت له: أتوجب ما هو أكثر من قيمة الحمل وفيه إضرارٌ وخلاف السنة؟ فتأمل ساعة، فقال: بل فيها حمل، فقلت له: أيؤخذ الحمل في الزكاة؟ فتأمل ساعة، ثم قال: لا شيء فيها. فأخذ قوله الأول زفر، وقوله الثاني أبو يوسف، وقوله الثالث محمد.

وفي «الحقائق»: من المشايخ من ردّ هذا، وقال: مثل هذا من الصبيان محال، فما ظنك بأبي حنيفة؟ ومنهم من قال: لا معنى لردّه؛ لشهرته أنه امتحن أبو يوسف أنه هل يهتدي إلى طريق المناظرة، فلما عرف أنه يهتدي، فقال قولاً معقولاً⁶.

قيل: هذا من مناقب أبي حنيفة حيث لم يضيع من أقاويله شيء، فأخذ كل مجتهد قولاً منها.

¹ ح: تقوم.

² د: إن.

³ د: خمس.

⁴ ح: في.

⁵ د: الخلاف.

⁶ ح: معولاً.

وجهه قول أبي يوسف: إنَّه لو وجب فيها ما وجبت في الكبار؛ لتضرَّر به المالك، ولو لم يجب؛ لتضرر به الفقير، فوجبت واحدة رعاية للجانبين.

وجهه قول أبي حنيفة ومحمد: إنَّه لو أخذ من الصغار ما يؤخذ من الكبار لكان إضرارًا، ولو أخذ واحدة منها؛ لأدى إلى تقدير المقادير الشرعية بالرأي، وذا ممنوعٌ، فلا يجب فيها شيءٌ.

وجهه قول زفر: إنَّ اسم الإبل والبقر والغنم يتناول الصغار والكبار، حتى لو حلف لا يأكل من الإبل حنث بأكل الفصيل، ويعدُّ الصغار من الكبار¹؛ لتكميل النصاب، فيجب فيها ما يجب في الكبار.

اعلم أنَّ إيجاب واحدة من الفصائل إنما يتأتى في خمس وعشرين، وأما فيما دونه؛ فعن أبي يوسف: لا يجب شيءٌ، وفي رواية عنه: يجب في خمسة² فصيل خمس فصيل، وفي العشر خمسًا فصيل، هكذا إلى خمس وعشرين.

(فصل) في زكاة التَّقْدِين

(تجب خمسة) دراهم (في مائتي درهم)؛ لما روي «أنه صلى الله عليه وسلم كتب إلى معاذ: خذ من كلِّ مائتي درهم خمسة دراهم».

(توزن عشرتها بسبعة) [55و] يعني: الدرَّاهمُ المعتبرة في النصاب: هو أن يكون بحيث يوزن عشرتها بسبعة مثاقيل.

اعلم أنَّ المثقال . وهو الدينار . عشرون قيراطًا، والدرهم أربعة عشر قيراطًا، فسبعة مثاقيل يكون مائة وأربعين قيراطًا، وعشرته دراهم يكون كذلك، وكل قيراط خمس شعيرات. قيل: كانت الدرَّاهمُ مختلفةً إلى زمان عمر رضي الله عنه، صنَّف منها كلِّ عشرة دراهم عشرة³ مثاقيل، وصنَّف منها كل عشرة خمسة مثاقيل، وصنَّف منها كلِّ عشرة ستة مثاقيل، كل درهم ثلاثة أخماس مثقال، فطلب عمر رضي الله عنه الخراج بأكبر الدرَّاهم، فشقَّ ذلك عليهم، فشاور عمر الصحابة، فاجتمع رأيهم على أن يجمعوا من كل صنَّف عشرة دراهم، وبأخذوا ثلثه، فصار المجموع أحدًا وعشرين مثقالًا، وثلثه سبعة مثاقيل، وتعلق الأحكام به، كالزكاة والخراج ونصاب السرقة والديات والمهور.

(ويعتبر غلبة الفضة) إن كان الغالب في الدرَّاهم المغشوشة الفضة، بحيث لو أحرقت لا يتخلص الغشُّ من الفضة، بل تحترق⁴ يكون في حكم الفضة.

(وإن غلب الغشُّ) بحيث لو أحرقت لا يتخلص منها الفضة كالمموهة (التحقت بالعروض) لكون⁶ الفضة هالكة فيها، فيشترط⁷ فيها نية التجارة. وأما إذا كانت بحال لو أحرقت يتخلص منها فضة؛ فلا يلتحق بالعروض، حتى إذا بيعت بفضة خالصة لا يجوز حذرًا عن الربا، إلا أن يكون الخالص أكثر مما في الدرَّاهم من الفضة. ولو عرفت⁸ أن الفضة المتخلصة عند الإذابة تبلغ⁹ نصابًا يجب فيها الزكاة. وإنما لم يذكر المصنَّف حكم الذهب لكونه معلومًا من الفضة.

ثم إن كان الفضة والغش سواء قيل: تجب فيها الزكاة احتياطًا. وقيل: لا تجب. وقيل: فيها¹⁰ درهمان ونصف.

(وربغ العشر) أي: يجب ربغ العشر، وهو نصف مثقال (في عشرين مثقالًا من العين) أي: من الذهب.

(ثم الواجب في كلِّ أربعين درهمًا درهم) يعني: إذا زاد على المائتين لا زكاة فيه عند أبي حنيفة حتى يبلغ أربعين درهمًا، ففيها درهم، ثم في كل أربعين درهمًا درهم.

1 ح: الكبار.

2 د: خمس.

3 ح: عشر.

4 د: يحترق.

5 د: فإن.

6 ح: تكون.

7 ح: فيشترط.

8 ح: عرفت.

9 د: يبلغ.

10 ح - فيها.

(وفي كلِّ أربعةٍ قيراطان) يعني: إذا زاد على عشرين مثقالاً من الذهب لا زكاة فيه عنده حتى يبلغ أربعة مثاقيل، فيكون فيها قيراطان، ثم في كلِّ أربعة مثاقيل كذلك.

(وقالاً بالحساب¹ فيهما) يعني: تجب الزكاة عندهما في الزائد على النصاب بقدره قلَّ أو كثر، مثلاً: إذا زاد على مائتي² درهمٍ درهمٌ يجب فيها خمسة دراهم وجزءٌ من أربعين جزءاً من درهم، وإن زاد درهماً؛ ففيها جزآن منها، وإن زاد ثلاث فثلاث، وعلى هذا؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «فإذا بلغت مائتي درهم، ففيها خمسة³ دراهم، وما زاد عليها فبحسابه».

وله: ما روي «أنه صلى الله عليه وسلم قال: لا شيء فيما زاد على المائتين حتى يبلغ أربعين»، وما روياه محمول على أن يكون الزائد على المائتين الأربعين توفيقاً، وأن في⁴ إيجاب الزكاة في الكسور حرجاً يتبنا.

(ويزكي تبرهما) وهو ما كان غير مضروبٍ من الذهب والفضة، (وأيتهما) جمع إناء، كأسورة وسوار.

(ونزكي الحلي) جمع حلي كئدي وثدي، وهو ما يتحلى به من ذهبٍ وفضةٍ، (مطلقاً) أي: سواء كان مباح الاستعمال أو لم يكن.

وقال الشافعي: لا تجب الزكاة في حلي النساء وخاتم الفضة للرجال؛ لأنه مألٌ مباح الاستعمال، فشابه ثياب البذلة.

ولنا: ما روي «أنه صلى الله عليه وسلم قال لامرأتين في أيديهما سواران من ذهبٍ: أتؤديان زكاته؟ قالتا: لا، فقال صلى الله عليه وسلم: أديا زكاته».

(ونضمُّ الورق) بكسر الراء⁵ بمعنى الفضة (إلى العين) أي: إلى الذهب لتكميل النصاب، كمن له مائة درهم وعشرة مثاقيل ذهباً؛ يضمُّ أحدهما إلى آخر عندنا. وقال الشافعي: لا يضمُّ.

قيد «الورق والذهب»؛ لأن أموال التجارة لا يضمُّ إلى أموال السوائم اتفاقاً.

له: إنهما جنسان مختلفان، ولهذا لا يجري⁶ بينهما الربا، فلا يضمُّ، كالسوائم المختلفة الجنس.

ولنا: إنهما متحدان في الثمنية، ومعدان للتجارة خِلقَةً، فإذا وجب الضمُّ في العروض المختلفة المعدة للتجارة جمعاً؛ فلا يُجب فيهما أولى، والسوائم المختلفة غير متحدة في وصف النماء.

(وهو) أي: ضمُّ الفضة إلى الذهب أو العكس إذا لم يبلغ كلُّ منهما نصاباً (بالقيمة) عند أبي حنيفة. (وقالاً بالأجزاء) أي:

بالقدر، بأن يكون لرجلٍ ثلث نصابِ فضةٍ، وثلثا نصابِ ذهبٍ مثلاً. وعلى هذا اعتبارُ سائر الأجزاء كالنصف والربع وغيرهما.

وثمرَةُ الخلاف تظهَرُ فيما إذا كان لواحدٍ مائة وخمسون درهماً وخمسة دنانير، وقيمةُ الدنانير لا يتساوى خمسين درهماً. فعلى

قولهما: يجب فيهما⁷ الزكاة في كلِّ من النصابين بقدره؛ لأنَّ مائة وخمسين درهماً ثلاثة أرباع نصابِ الفضة، وخمسة دنانير ربع نصابِ

الذهب، فبلغت نصاباً. وعلى قوله: لا تجب في نصابِ الفضة؛ لأنها من حيث القيمة لم تبلغ نصاباً. وأما في نصابِ الذهب؛ فواجبةٌ

عنده أيضاً؛ لأن قيمة خمسة دنانير إذا لم تساو⁸ خمسين درهماً؛ فقيمة مائة وخمسين درهماً يتساوى خمسة عشر ديناراً وزيادة.

ولو كان له في الصورة المذكورة أربعة دنانير لا تجب فيها الزكاة اتفاقاً؛ لأنهما لم يبلغا نصاباً لا بالقيمة [55ط] ولا بالأجزاء.

ولو كان قيمة خمسة دنانير يتساوى خمسين درهماً تجب الزكاة اتفاقاً على اختلاف التَّخريج.

لهما: إنَّ القدرَ معتبرٌ في وجوب الزكاة لا القيمة، ولهذا وجب الزكاة في الرديفة إذا بلغ القدرُ نصاباً حالة الانفرد، فلا تعتبرُ

القيمة في حالة الضمِّ، كما لم يُعتبر في المعز والضأن.

1 ح: بحساب.

2 د: المائتي.

3 د: خمس.

4 ح - في.

5 ح: الراي.

6 ح: يجرى.

7 د - فيهما.

8 د: يتساو.

وله: إنَّ الضَّمَّ لاتحادهما في التُّمْنِيَةِ، وهي باعتبار القيمة، فيضمُّ أحدَ النقدين إلى الآخر بالقيمة، كما أن سِلْعَ التجارة تضمُّ كذلك، بخلاف حالة الانفراد؛ لأنَّ الجودةَ ساقطةٌ إذا قوبلتُ كلُّ منها بجنسها. وأما إذا قوبلتُ بخلاف جنسها؛ فتعتبر¹ القيمة، وبخلاف المعاز والضأن²؛ لأنَّ اسمَ الغنم شاملٌ لهما، والنصُّ ورد فيهما باعتبار العين لا القيمة.

(وثنمن السوائم المزكاة لا يضمُّ إليهما) يعني: إذا باع نصابٌ سائمةً بعد إخراج زكاته. وعنده: نصابٌ من النقدين قد مضى عليه بعضُ الحول، ثم تمَّ الحول؛ فذلك الثمنُ نقدًا كان أو عروضًا لا يضمُّ إلى ذلك النصاب عند أبي حنيفة، وقالوا: يضمُّ ويؤكفي معه. قيَّد بـ«الثنمن»؛ لأنَّ عينَ السوائم لا يضمُّ اتفاقًا.

وقيَّد بـ«السوائم»؛ لأنَّ ثمنَ غيرها إذا لم يكن للتجارة يضمُّ اتفاقًا. وفيه إشارةٌ إلى أنه لو جعلها علوفَةً بعدما أدَّى زكاتها، ثم باعها؛ يضمُّ ثمنها اتفاقًا. وقيَّد بـ«المزكاة»؛ لأنه قبل أداء الزكاة يضمُّ اتفاقًا. وثنمن الأرض المؤدَّى عُشرها أو خراجها، وثنمن العبد الذي أدَّى صدقةً فطرة؛ يضمُّ اتفاقًا. كذا في «الحقائق».

اعلم أنَّ قوله: «إليهما» ليس بقيدٍ؛ لأنَّ ذلك الثمن لا يضمُّ إلى عروض التجارة أيضًا عنده. خصَّ الثَّقْدِين بالذِّكْر؛ لكثرة استعمالهما.

لهما: إنَّ علَّةَ ضمِّ المستفاد إلى النصاب هي المجانسةُ، وهي موجودةٌ ههنا، فيضمُّ⁴.

وله: إنَّ معنى أداء الزكاة في الحول أن يفيد البراءة عن وجوبها في أصل النصاب، وبدله أيضًا كيلا يفضي إلى تكرار الزكاة المنفِي شرعًا، فلا يضمُّ، كما إذا أدَّى زكاةَ سلع التجارة، ثم باعها بالدرهم؛ لا يضمُّ⁵ إلى نصاب في يده. **(ويضمُّ⁶)** إلى نصابِ فضةٍ أو ذهبٍ **(قيمةُ العروض)**؛ لأنَّ وجوبَ الزكاة فيها لكونها معدَّةً للتجارة، والثَّقْدَان كذلك، وإن اختلف جهةُ الإعداد، بأن كان في العروض جَعْلًا، وفي النقدين خِلْقَةً.

(فصل) في زكاة العروض

جمع عَرَض بفتحتين، وهو متاعُ الدنيا.

(يزكِّي مالُ التجارة إذا بلغت قيمته نصابًا من أحدِ النقدين) أراد بـ«التجارة»: غيرَ النقدين، والمالُ إنَّما يكون للتجارة إذا عمل فيه التجارة مع النية، إلا إذا اشترى بعرض التجارة عرضًا آخر، فيكون الثاني للتجارة بلا نية. وكذا إذا قتل عبدًا عبدًا للتجارة خطأً، فدفع به؛ يكون المدفوع للتجارة بلا نية؛ لأنَّ حكمَ البديل حكمُ الأصل. وكذلك الإسامةُ لا بُدَّ فيها من العمل والنية.

إنَّما قيَّدناه بـ«العمل»؛ لأنه لو ملك شيئًا بالإرث⁷ لا يكون للتجارة وإن نواها اتفاقًا.

ولو ملكه بهيمةً أو نكاحٍ أو نحوهما يكون للتجارة إذا نواها عند أبي يوسف؛ لاقرانه بالعمل. وعندهما: لا يكون للتجارة⁸؛ لأنَّ هذه الأشياء ليست بعمل التجارة؛ إذ التجارة: مبادلَةُ المال بالمال.

وإنَّما قيَّدنا العملَ بـ«النية»؛ لأنَّ من اشترى شيئًا للخدمة، ثم نواه للتجارة؛ لا يكون للتجارة حتى يبيعه بعروضٍ، ونوى فيها التجارة⁹.

ولو نوى في مال التجارة ألا يكون للتجارة؛ فمجرَّدُ النية كافٍ فيه، كما أنَّ إقامةَ المسافر تحصلُ بمجردِ النية؛ لأنه ترك، وسفرُ المقيم بالنية مع العمل.

¹ ح: فيعتبر.

² د: الضأن والمعز.

³ ح: تضم.

⁴ د: فتضم.

⁵ د: تضم.

⁶ د: وتضم.

⁷ د: بإرث.

⁸ د - للتجارة.

⁹ د: للتجارة.

وفي «الخانية»: لو اشترى الصباغ شيئاً ليصع به ثياب الناس بالأجر، إن كان مما يبقى أثره في المعمول كالمعصر ونحوه يكون في حكم مال التجارة؛ لأنَّ ما أخذه من الأجر مقابل للعين، وإن كان مما لا يبقى كالصابون والحب للخباز لا يكون في حكم مال التجارة؛ لأنَّ أجره يكون مقابلًا بالمنفعة لا بالعين، ولا يُعتبر حمر المكارين وآلاتهم وإن اشتروها ليؤجروها¹.

(ويقومُ بالأنفع للمصارف) أي: بنقدٍ يكمل النصاب إذا قوِّم به رعايةً لمصارف الزكاة، ونظرًا لهم.

(ونشترط كمال النصاب في طرفي الحول)، فنقصانُه في أثناءه لا يمنع وجوب الزكاة عندنا، **(لا كِلِه)** بالجر، أي: لا نشترط كماله في كلِّ الحول **(في السوائم والنقدين، وآخره)** أي: لا في آخره **(في العروض)** يعني: عند الشافعي: إذا كان النصاب من السوائم والنقدين شرط أن يكمل في كلِّ الحول، وإذا كان من العروض شرط أن يكمل في آخر الحول.

قيد بـ«كمال النصاب»؛ لأن وجود أصله في كلِّ الحول شرط اتفاقاً، **[56و]** حتى لو هلك في أثناءه تسقط الزكاة.

له: إنَّ النصاب سببٌ للزكاة بقدر معلوم وصفة معلومة، وهي الإسامة، ثم زوال الصفة في أثناء الحول يمنع الزكاة. فكذا يمنع ذهابُ القدر، إلا أنَّ² اعتبار الكمال في عروض التجارة متعلِّز؛ لأنها باعتبار القيمة، وهي لا تثبت³ على حالٍ في كلِّ الحول، فاعتبر في آخره فقط؛ لكونه زماناً الوجوب.

ولنا: إنَّ السبب هو النصاب، وإنما اعتبر القدر؛ ليصير المالك غنيًّا وأهلاً لوجوب الزكاة، فيشترط في ابتداء الحول؛ لينعقد السبب، وشرط في آخره؛ لأنَّه زمانُ الوجوب، وفيما بين ذلك لا حاجة إليه، بخلاف صفة الإسامة؛ لأنها إنما شرطت ليصير المأل مال الزكاة، فلا تجب بفوتها.

(فلا نوجب في عبدٍ تمَّت قيمته نصاباً في آخره) هذه المسألة فرغ لما قبلها من الخلاف، يعني: إذا اشترى عبدًا للتجارة قيمته ما دون النصاب، وكملت قبل تمام الحول؛ لا تجب الزكاة فيه عندنا؛ لانعدام الكمال في أول الحول. ويجب عند الشافعي؛ لوجود الكمال في آخره.

(ولو حال) أي: تمَّ الحول **(على مائتي قفيز)** حنطة مثلاً محصّلة للتجارة ومقومة **(بمائتين)** أي: بمائتي درهم، فلم يؤدِّ زكاتها، **(فغلا)** أي: زاد قيمتها بالحقط إلى أربعمئة مثلاً، **(أو رخص)** يعني: نقصَ قيمتها بسبب الخصب إلى مائة مثلاً، **(فأدى من عينها)** أي: عين الحنطة **(زكاهها بخمسة منها)** أي: أعطى زكاتها خمسة أفرزة منها اتفاقاً، **(أو قيمته)** بالجر، يعني: لو أدّى الزكاة من قيمتها، **(فالمعتبر يوم الوجوب)** يعني: المعتبر عند أبي حنيفة قيمتها يوم تمام الحول، فيؤدي خمسة دراهم في صورة الزيادة والنقصان؛ لأنَّ قيمتها في آخر الحول كانت مائتين. **(وقالوا: الأداء)** يعني: المعتبر عندهما قيمتها يوم الأداء، فيؤدِّي دراهم ونصفاً في صورة النقصان، وعشرة دراهم في صورة الزيادة.

وفي «الحقائق»: كذا الخلافُ في كلِّ ما يوزن أو يعدُّ، وأما في السوائم؛ فيعتبر القيمة يوم الأداء اتفاقاً، حتى إن من وجب في إبله ابنةً مخاضٍ قيمتها خمسة دراهم، ثم تغير السعر، فصارت تساوي دراهم ونصفاً؛ يؤدِّي دراهم ونصفاً بالاتفاق. **لهما:** إنَّ الأصل في أموال التجارة أداء جزءٍ من النصاب كما في السوائم، وجاز للمدكي النقل إلى القيمة بدلاً عن ذلك الجزء بإذن الشارع، فيعتبر القيمة يوم النقل، وهو وقت الأداء.

وله: إنَّ القيمة اعتبرت أصلاً كالعين في الوجوب؛ لأنَّ النصاب هنا يكمل باعتبار القيمة، فيعتبر قيمتها يوم الوجوب، بخلاف السوائم، فإنَّ العين أصل فيها؛ لأن نصابها يكمل بالعين لا بالقيمة.

(ولو تغيرت العين، فأدى قيمته؛ اعتبر يوم الحول في الزيادة) يعني: إذا كانت زيادة القيمة وانتقاصها في الصورة المذكورة بواسطة صفة راجعة إلى الذات بأن كانت مبتلةً وقيمتها مائتان، فيبسث حتى صارت قيمتها أربعمئة دراهم، فإذا أدَّى من قيمتها؛ فالمعتبر قيمتها يوم الحول اتفاقاً، فيؤدِّي خمسة دراهم؛ لأنَّ المستفاد بعد الحول لا يضم اتفاقاً، وهذه الزيادة كالمستفاد بعد الحول، فلا يضم.

¹ د: ليؤجروها.

² ح: لأن.

³ ح: يثبت.

(والأداء في النقص) يعني: اعتبر يوم الأداء في صورة النقص، بأن ابتلَّت الحنطة بعد الحول حتى صارت قيمتها مائة درهم، فإذا أَدَّى من قيمتها أَدَى درهمين ونصفًا بلا خلافٍ؛ لأن النقصانَ من جهة الصفة الراجعة إلى الذات كهلاك بعض النصاب بعد الحول، فيسقطُ بقدره من الزكاة، فيعتبرُ قيمتها يوم الأداء.

(ونزكي بالقيمة نصاب سائمة اشتراها للتجارة) مثلاً: إذا اشترى خمسًا من الإبل السائمة للتجارة، وحال عليها الحول؛ يقوم، فيؤدِّي الزكاة من قيمتها عندنا، **(لا بالسوم)**. يعني: قال الشافعي: تجب فيها زكاة السائمة، وهي شاة؛ لأنَّ اعتبارَ السوم أنفع للفقير؛ لأنَّ الساعي يأخذ الزكاة من السائمة جزءًا، وأداء زكاة العروض مفوَّضٌ إلى مالِكها، وقد يقصرون في الأداء.

ولنا: إنَّ صفة الإسامة بطلتُ بالشرء للتجارة لوجود التَّنافي بينهما؛ إذ التجارة إنَّما يكون بإخراجها من يده، والإسامة تكون بإمساكها، وللساعي ولايةُ الأخذ من السوائم وإن كانت للتجارة؛ لأنها من الأموال الظاهرة. ولو اشتراها للتجارة، ثم جعلها سائمة؛ يُعتبرُ الحول من وقت الجعل؛ لأن زكاة التجارة وزكاة السائمة مختلفتان قدرًا وسببًا، فلا يبنى حولُ إحداها على الأخرى. كذا في «المحيط».

(ولو باع النصاب نجيزه في حصتها) يعني: إذا باع نصابًا وجب فيه الزكاة يجوز بيعه في حصتها عندنا. وقال الشافعي: لا يجوز في حصتها¹، وفي بيع الزائد عليها قولان، والأصح أن البيع باطل في الكل، وهذا هو الموافق لما في «المنظومة»، وهو قوله: وبيع ما فيه الزكاة داخض، أي: باطل.

قيد بـ«حصّة الزكاة»؛ لأنَّه لو باع الطعام الغير المعشور [56ظ] لم ينفذ بيعه في مقدار العشر؛ لأنَّه للفقراء، ولهذا منع المالك من الانتفاع به قبل الأداء، ويؤخذ العشر من التركة وإن لم يوص، وجاز للمصدق أن يأخذ عشره من المشتري وإن تفرقا. كذا في «المحيط».

له: إن قدر الزكاة حقَّ الفقراء، فلا يجوز بيعه، كما لا يجوز بيع أحد الشريكين حصة الآخر.

ولنا: إنَّ الكلَّ باقٍ على ملكه، حتى لو كانت للتجارة جاريةً يجوز وطؤها له، وحقُّ الفقير وإن كان في النصاب، لكن للمالك ولايةٌ نقلٍ إلى مالٍ آخر، ولهذا لو باع المصدق زكاة نصابٍ لم يجز؛ لأنه ليس بشريك، ولو باع عشر الطعام من رب الأرض أو من غيره قبل قبضه جاز؛ لأنه شريك فيه. كذا في «المحيط».

(فصل في العشر)

وهو قرينةٌ فيها معنى المؤنة، فلهذا وجب في أرض المكاتب والصبي والمجنون.

(العشر واجبٌ) عند أبي حنيفة **(في كلِّ خارجٍ)** من الأرض العشرية، سواء كان مما يبقى سنةً كالحنطة، أو لا يبقى كالبقول، وكان قليلاً أو كثيراً.

(قصد إنبائه) احترز به عن التبن والسعف، فإنَّ المقصودَ من الزرع والغرس هو الثمرُ والحبُّ لا غيرهما، وعن الحطب والقصب والحشيش؛ لأنَّها لا تستنبث² في البساتين عادةً، حتى لو قصد إنباتها بأن اتَّخذ أرضه مشجراً أو مقضبةً أو منبئاً للحشيش يجب فيها العشر، ويجب في الكتان وبذره؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما مقصودٌ، ويجب في البطيخ دون بذره؛ لأنَّ الأول مقصودٌ دون الثاني.

وفي «المحيط»: إن كان في دار رجل شجرة مثمرة لا عُشْرَ فيها؛ لأن بقعة داره ليست بعشرية.

(وسقي بغير آلة) احترز به عما سقي بآلة، كالتى تسقى بالقر ونحوه والدولاب، فإن فيه نصف العشر.

(وقالا): يجب العشر **(في كلِّ ثمرة باقية)** إلى آخر السنة بلا معالجةٍ كثيرة، والعنب والتين ونحوهما يبقى بالتخفيف سنةً، فإذا بلغ الرطب منها مقداراً ما يكون خمسة أوسقٍ بالتخفيف يجب فيها العشر، والخوخ والكمثرى ونحوهما لا يبقى غالباً، فلا يجب فيها العشر.

¹ ح - في حصتها.

² ح: يستنبت.

³ د: لو.

(تبلغ خمسة أوسق) الوسق: ستون صاعًا بصاع النبي صلى الله عليه وسلم، وكل صاع أربعة أمناء، والمن: ماتتان وستون درهماً. وإذا لم يبلغ كل نوع من الحبوب خمسة أوسق لا يضم عند محمد، ويضم عند أبي يوسف، فإذا بلغ خمسة أوسق يجب العشر، فيؤدى من كل نوع حصته. وعنه: إن ما أدرك في وقت واحد كالحنطة والشعير والحمص يضم، وإلا فلا. كذا في «المحيط».

لهما: قوله صلى الله عليه وسلم: «ليس فيما دون خمسة أوسق صدقة»، وقوله صلى الله عليه وسلم: «ليس في الخضروات صدقة»، المراد منها: العشر لا الزكاة؛ لأن صاحب نصاب إذا اشترى به خضروات في آخر الحول للتجارة، فتم عليه الحول؛ تجب فيها الزكاة اتفاقاً.

وله: عموم قوله صلى الله عليه وسلم: «ما أخرجت¹ الأرض ففيه العشر»، وهذا حديث مشهور، فالأخذ به أولى. أو يقال: الحديثان إذا وردا على شيء واختلف حكمهما، ولم يعلم تاريخهما؛ فالأخذ بالعام أولى احتياطاً، ولكن خص منه ما لم يقصد إنبائه؛ لأن سبب العشر الأرض النامية، ولهذا يجب على الفقير، ولا يستنمى الأرض بالحطب ونحوه عادةً.

وفي «المحيط»: وجوب العشر عند أبي حنيفة إذا ظهر الثمر. وعند أبي يوسف: إذا أدرك. وعند محمد: إذا جعل في الحصائر. وثمره الخلاف تظهري وجوب الضمان بالإتلاف، وما تلف من الخارج بغير صنعة؛ فالعشر ساقط عنه.

(ويجب نصفه) أي: نصف العشر (في المستقى² بآلة، ويعتبر أكثر السنة فيما سقي سيحاً) أي: ماء جارياً، وانتصابه على أنه مفعول ثانٍ لسقي، كقوله تعالى: ﴿وَسُقُوا مَاءً حَمِيمًا﴾ [محمد، 15/47]، (وبآلة) يعني: إن سقي الزرع في أكثر السنة بالسيح؛ ففيه العشر، وإن سقي بآلة؛ ففيه نصف العشر، وإن سقي نصف السنة بآلة ونصفها بغير آلة، قيل: فيه ثلاثة أرباع العشر.

(ولا تحتسب مؤنته) أي: مؤنة الخارج، (والخرج عليه) هذا عطف لبيان معنى المؤنة، كأجرة العمال، ونفقة البقر، وكري الأنهار، وأجرة الحافظ، ونحوها؛ لإطلاق قوله صلى الله عليه وسلم: «فيما سقته السماء العشر، وفيما سقي بالسانية نصف العشر».

(ويوجب) أي: أبو يوسف العشر (فيما لا يوسق) أي: لا يدخل في الوسق، كالزعفران والقطن (إذا بلغ) ما لا يوسق، يعني: قيمته (قيمة نصاب من أدنى الموسوق) في ذلك الزمان من أي نوع كان، كالذرة في زماننا؛ لأن التقدير الشرعي لما انتفى فيه ينبغي أن يرجع إلى التقدير المعنوي، وهو القيم، كما في أموال التجارة اعتبرت قيمتها في الزكاة؛ لعدم إمكان اعتبار النصاب فيها، واعتبر أدنى الموسوق لنفع الفقير.

(واعتبر خمسة أمثال [57] أعلى ما يقدر به نوعه) يعني: قال محمد: يجب العشر إذا بلغ الخارج خمسة أعدادٍ من أعلى ما يُقدَّر به نوعه؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم اعتبر الوسق في زمانه؛ لكونه أعلى ما يقدر به المكيات، فينبغي أن يُعتبر فيما لا يوسق في كل نوع من أعلى ما يقدر به في العادة، فيعتبر في القطن خمسة أحمال، كل حمل ثلاثمائة من بالعراق، وفي الزعفران خمسة أمناء.

(ويجعل) أبو يوسف (المسقية من الأنهر العظام) كالفرات، وهو نهج الكوفة، ودجلة، وهو نهر بغداد، وجيحون، وهو نهر ترمذ، وسيحون، وهو نهر خجند، (خراجية)؛ لأنها كانت منسوبة إلى الكفار، فاستولى عليها المسلمون، ويمكن إثبات اليد عليها بأخذ السفن والقناطير عليها، فأشبهت بالأنهار الصغار كالأنهار التي شقَّتْها الأعاجم، كنهج الملك ويزجرد. (لا عشرية) يعني: عند محمد: هي عشرية؛ لأن الخراجية ما كانت في أيدي الكفرة، ثم صارت في أيدينا بالقهر والغلبة، وهذه الأنهار ما كانت في أيدي الكفرة؛ لأن ثبوت اليد على الماء إنما يكون بإمكان آخذ القنطرة، وهذا الإمكان فيها نادر، فأشبهت ماء البحار.

(ونعشر) أي: نأخذ³ عشر (العسل المحصل) أي: المأخوذ (من العشرية). وقال الشافعي: لا يؤخذ العشر منه.

قيد بـ«العشرية»؛ لأن العشر لا يؤخذ من العسل المحصل من الخراجية اتفاقاً.

له: إنه متولد من الحيوان، لا خارج من الأرض، فأشبه الإبرسيم.

ولنا: قوله صلى الله عليه وسلم: «في العسل العشر».

(وهو) أي: العشر (واجب فيه) أي: في العسل عند أبي حنيفة (مطلقاً) أي: سواء بلغ نصاباً أو لم يبلغ.

¹ د: أخرجته.

² د: المستقى.

³ د: يأخذ.

(ويعتبر القيمة) يعني: لا يجب في العسل العشر عند أبي يوسف ما لم يبلغ قيمته قيمة خمسة أوسق، كما كان هو الأصل عنده فيما لا يوسق، (أو عشر قُرب) جمع قرية، يعني: في رواية عنه: لا يجب العشر فيه ما لم يكن عشر قرب، كل قرية منها خمسون مناً؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «في كل عشر قرب من العسل قرية». (أو خمسة أمناء) يعني: في رواية عنه: لا شيء فيه حتى يكون خمس أمناء. (لا خمسة أفراف) يعني: عند محمد: لا شيء فيه حتى يبلغ خمسة أفراف؛ لأنه أعلى ما يقدر به نوعه. والفرق - بفتحيتين -: مكيال يأخذ ستة وثلاثون¹ رطلاً. كذا في «الصحيح».

(ولا نجتمع الخراج معه) أي: لا يؤخذ العشر مع الخراج من أرضٍ خراجية عندنا. وقال الشافعي: يجمع بينهما. قَدِّدنا الأرضَ بـ«الخراجية»؛ لأنها لو كانت عشريةً لا يجب الخراج اتفاقاً. كذا في «الحقائق».

له: إنَّهما مختلفان ذاتاً وسبباً؛ لأنَّ سبب العشر هو الخراج، وسبب الخراج الأرضُ النامية، ولهذا يجب الخراج بدون الخراج. ولنا: قوله صلى الله عليه وسلم: «لا يجتمع في أرض مسلمٍ عشرٌ وخراجٌ».

وفي «المحيط»: لا يأكل المالك ما خرج من الأرض الخراجية قبل أداء الخراج؛ لأنَّ للإمام أن يحبس الخراج للخراج، فلو أكله قبل أدائه يصير مُبطلًا حقه في الحبس، كالمشتري لا يحل له أكلُ الطعام قبل القبض، ونقد الثمن بغير إذن البائع. ولو ترك الإمام الخراج للمالك يجوز عند أبي يوسف إذا كان مصرفاً له. وعند محمد: لا يجوز؛ لأنه في جملة لجماعة المسلمين. ولو ترك العشر له لا يجوز اتفاقاً؛ لأنه حقُّ الفقراء على الخلوص.

(وجمع الزكاة معه) أي: جمعها محمدٌ مع العشر (إذا أتجر بها) أي: بالأرض العشرية. وقال: يؤدي العشر دون الزكاة؛ لأن سببها واحدٌ، وهي الأرضُ النامية، ولهذا يقال: عشر الأرض، فكان² في الجمع بينهما اجتماعٌ وظيفتين بسببٍ واحدٍ. قَدِّد بقوله: «معه»؛ لأنَّ الزكاة لا تجتمع مع الخراج إذا أتجر بالأرض الخراجية اتفاقاً؛ لأنَّ سبب الخراج الأرضُ الناميةُ حكماً أو حقيقةً³، وسببُ الزكاة ملكُ الأرض المعدة للتجارة، فيلزم اجتماع الوظيفتين بسببٍ واحدٍ.

له: إنَّ سبب العشر الخراج، وسببُ الزكاة ملكُ الأرض المعدة للتجارة، فلا يلزم اجتماع الوظيفتين بسببٍ واحدٍ.

(ومنع تضعيفه) أي: محمدٌ تضعيفَ العشر (على تغلبي ملكٍ عشريَّة). وقال: يضاعف عليه عشرها، وهو بكسر اللام وفتحها: قومٌ من نصارى العرب منسوب إلى بني تغلب، والكسرُ أفصح، روي أنَّهم قالوا لعمر رضي الله عنه: نحن قومٌ لنا شوكةٌ نأنف أن يؤخذ منا الجزية، فخذ منا ضعف ما تأخذ من المسلمين، وإلا نلحق بأعدائكم بأرض الروم، فصالح عمرٌ على الصدقة المضاعفة، فقال: هذه جزية سموها ما شئتم، ولم ينكر عليه أحدٌ، فحل محلَّ الإجماع.

قَدِّد بـ«تضعيف العشر»؛ لأنَّ الزكاة يؤخذ مضاعفةً من سائمهم إذا لم يكن للصبي اتفاقاً، والمأخوذ منهم زكاةً في حقهم بشرائطها، وخراجٌ في حقنا؛ لأنه حق متعلق بالمال.

له: إنَّ العشر كان وظيفةً أصليةً للأرض، فلا يتبدل [57ظ] بتبدل الملك، كالخراجية التي اشتراها مسلمٌ، فيصرفُ مصارف العشر؛ لأنَّ الواجب لَمَّا لم يتغير لم يتغير مصرفه لتعلق حقِّ الفقير به. وفي رواية عنه: يصرفُ مصارف الخراج؛ لأن الكافر لا صدقة له. ولهما: إن عمر رضي الله عنه صالحهم على أن يأخذ منهم ضعف ما يؤخذ من المسلمين من الحقوق الواجبة في الأموال، فلو كانت هذه الأرضُ لمسلمٍ يجب عشرٌ واحدٌ، وإذا كانت لتغليبي يجب عشرين.

(فلو أسلم) التغلبيُّ بعد أن ضوعف عليه العشر؛ (فالواجب بحاله) يعني: يؤخذ من العشر مضاعفاً على حاله عند أبي حنيفة؛ لأنَّ المأخوذ بمنزلة الخراج، والخراج لا يتبدل بإسلام الملاك، فكذا هذا.

(ويرفع) أبو يوسف (التضعيف)؛ لأن الداعي إلى التضعيف كان كونه تغليبيًا، وقد زال.

قال صاحب «الهداية»: اختلف في بيان قول محمد، والأصح أنه مع أبي حنيفة إلا أنَّ قول محمد لا يتأتى إلا في التضعيف الأصلي، بأن كانت أرضٌ⁴ تغليبيٍّ موروثاً مضاعفاً عشرها؛ لأن التضعيف الحادث لا يتحقق عنده كما مر قريباً.

¹ د: عشر.

² د: وكان.

³ ح: حقيقية.

⁴ ح: الأرض.

(ولو ملكها) أي: الأرض العشريّة (الذميّ؛ فعليه الخراج) عند أبي حنيفة؛ لأنّ في العشر فيه¹ معنى العبادة، والكافر ليس بأهل لها، والأرض لا تخلو عن الواجب، فتعين الخراج.

(ويُتَيَّنِي) بتشديد النون، أي: يضاعف أبو يوسف (العشر) على الذميّ؛ لأنه لا سبيل إلى إبقاء العشر عليه، ولا إلى تبديله إلى الخراج؛ لأنّ الخراج غير مشروع كرهاً، وللتضعيف نظيرٌ، كما في التغليبي، فيجب القول به.

(ووَخَّده) يعني: قال محمد: يجب عليه عشرٌ واحدٌ؛ لأنّ وظيفة الأرض لا يتبدل بتبدل المالك؛ لما² مر من أصله.

(وعشرها) أي: عشر الأرض العشرية (إذا أجرها) مالكتها (عليه) أي: واجب على المؤجر عند أبي حنيفة. (وقالوا: على المستأجر).

قَيَّدَ بـ«العشر»؛ لأن الخراج على مؤجر الأرض اتفاقاً؛ لأن الخراج متعلقٌ بالتمكّن من الزراعة، لا بحقيقة الخراج. وفي «الحقائِق»: هذا في خراج موظّفٍ، وأما خراج المقاسمة. وهو أن يكون الواجب جزءاً شائعاً من الخراج كالربع ونحوه؛ فعلى الخلاف.

وقَيَّدَ بـ«الإجارة»؛ لأن العشر في الإجارة على المستعير اتفاقاً.

لهما: إنَّ العشر إنما يجب في الخراج، وهو حاصلٌ للمستأجر صورةً.

وله: إنَّ الخراج حاصلٌ للمؤجر معنًى؛ لأنه أخذ بدله، فصار المستأجرُ كالمشتري غلّة أرضه، فيجب العشر على المؤجر. (أو زارع بها، فهو على ربِّ الأرض) يعني: إذا دفع أرضه العشريّة مزارعةً؛ فعشرُ جميع الخراج على ربِّ الأرض عند أبي حنيفة؛ لأنّ المزارعة فاسدةٌ عنده، فالبذر إن كان من قبل رب الأرض؛ فجميعُ الخراج له، وللمزارع أجرٌ عمله، وإن كان من قبل المزارع؛ فالخراج له، ولربِّ الأرض أجرٌ مثل أرضه، فكأنه أجرها منه.

(وقالوا: في الخراج) يعني: العشرُ عليهما بالحصص؛ لأنّ الخراج سلم لهما حقيقةً.

(وأوجبهنا على المستعير لا على المعير) يعني: من أعار أرضه من مسلمٍ ليزرعها، فزرعها؛ فعشرُ الخراج على المستعير عندنا، وعلى المعير عند زفر. هذا إذا أعارها من مسلمٍ، ولو أعارها من ذميٍّ؛ فالعشرُ على المعير اتفاقاً؛ لأنّه بإعارتها من الكافر صار مفوّتاً حق الفقراء.

له: إنَّ الخراج حاصلٌ للمعير معنًى؛ لأنه أقام المستعيرَ مقام نفسه، فلزم عشره عليه، كما لزم على المؤجر.

ولنا: إنَّ المستعيرَ قام مقام المالك في الاستئمان، لا في حصول الخراج له، وليس هذا كالمؤجر؛ لأنه أخذ الأجرة، وهو عوضٌ منفعه أرضه، فصار الخراج له معنًى.

(ولو اشترى زرعاً، وتركه بإذن البائع، فأدرك؛ يوجب) أبو يوسف (عشرَ قيمة القصيل على البائع، والباقي) أي: يوجب عشرَ الباقي (على المشتري). وقالوا: عليه وحده) يعني: كلَّ العشر على المشتري.

قَيَّدَ بقوله: «وتركه»؛ لأنه لو لم يتركه المشتري، وقصله؛ يكون عشر القصيل على المشتري اتفاقاً.

لهما: إنَّ الحبَّ سلّم للمشتري، فجعل شراء الزرع كشراء البذر.

له: إنَّ بدل القصيل حصل للبائع، فلزم عشره عليه.

(فصل) فيمن يمر على العاشر

(من نصبه الإمام لأخذ الصدقات). هذا تفسير للعاشر، سمي عاشرًا لأخذه العشر من الحربي، (يأخذ من المسلم ربع العشر)؛ لأن المأخوذ من المسلم زكاة، فيكون على قدرها، (ومن الذمي نصفه) أي: نصف العشر؛ لأنّ هذا الأخذ لحماية الإمام أموالهم، والذمي أحوج إلى الحماية من المسلم؛ لكثرة طمع اللصوص في ماله. (ومن الحربي العشر)؛ لأن احتياجه إليها أكثر من احتياج الذمي، فيضعف عليه ما يؤخذ من الذميّ.

(ومن أنكر الوجوب) أي: وجوب الزكاة عليه بأن قال: هذا المال ليس لي، وإنما هو ودیعة، أو بضاعة، أو مضاربة، أو أنا أجبر فيه، أو عبد مأذون لصاحبه، فلا بد [58] أن يحمل إنكار الوجوب على هذه الطرق؛ لأن إنكار تمام الحول، أو الفراغ من

¹ د - فيه.

² د: كما.

الدين إنكار الوجوب أيضًا، فكيف يجعله مقابلًا له¹ بقوله: (أو تمام الحول، أو الفراغ من الدين) بأن قال: عليّ دين مطالب من جهة العباد، وغير فارغ ذمتي منه، (وحلف) على ما ادعاه (صدق)؛ لأنه منكر للوجوب.

(ويأمره) أي²: أبو يوسف العاشر (بتصديقه) أي: تصديق صاحب المال (إذا ادعى التسليم إلى آخر) أي: تسليم زكاته إلى عاشر آخر إذا كان في تلك السنة عاشر³ آخر بلا يمين عليه؛ لأن الزكاة عبادة، ولا يمين في العبادات. (واستحلفاه)؛ لأنه ينكر حتمًا له مطالب من العباد، والساعي يكذبه، فيحلف، بخلاف سائر العبادات؛ لأنه لا مكذب له، ولا مطالب له فيها.

(وإخراج البراءة) أي: الخط من العاشر الآخر على أخذه منه (شرط) في تصديقه عند أبي حنيفة (في رواية) عنه؛ ليكون علامة على صدق دعواه، كالمرأة إذا أخبرت بالولادة إنما تصدق بالعلامة، وهي شهادة القابلة. والأصح أنه ليس بشرط؛ لأن الخط يشبه الخط، فيصدق بمجرد الحلف، وإن أتى بالبراءة ولم يحلف لم يصدق في قياس قول أبي حنيفة، ويصدق على قياس قولهما بناء على أن أداء الشهادة بالخط إذا لم يتذكر الحادثة لا يجوز عنده؛ لأن الخط يشبه الخط، ويجوز عندهما؛ لأن الاحتيال في الخط نادر.

(ولو ادعى الأداء) أي: أداء الزكاة في الأموال الباطنة (بنفسه إلى الفقراء في المصبر صدق)؛ لأن الأداء كان مفوضًا إليه في المصبر، وقد ادعى وضع الأمانة في موضعها، فيصدق مع اليمين؛ لأنه منكر لثبوت الحق عليه معنى، وإن كان مدعيًا صورة.

قيد بـ«المصبر»؛ لأنه لو ادعى أداءها بعد الخروج من المصبر إلى السفر لا يصدق، بل يأخذها العاشر. (وإن كان في السائمة نضمه وإن حلف) يعني: إذا ادعى تسليم زكاة السائمة إلى الفقراء في المصبر لا يصدق عندنا وإن حلف، بل يؤخذ منه ثانيًا. وعند الشافعي: يصدق؛ لأنه أوصل الحق إلى مستحقه، وهم الفقراء، فيجوز كالمشتري من الوكيل إذا دفع الثمن إلى الموكل.

ولنا: إن حق الأخذ للإمام، فلا يملك إبطاله، كالدين للصغير إذا دفع المديون إليه، فإن للولي أن يأخذ منه ثانيًا، بخلاف الدفع إلى الموكل؛ لأن للموكل حق الأخذ، ولهذا لو امتنع الوكيل من قبض الثمن أجبر على إحالة الموكل عليه. ثم قيل: الأول زكاة، والثاني سياسة. وقيل الثاني زكاة، والأول نافلة، وهو الصحيح.

(ويصدق الذمي كالمسلم) يعني: في كل صورة يصدق فيها المسلم يصدق الذمي أيضًا؛ لأن ما يؤخذ منه ضعف ما يؤخذ من المسلم، وإنما يتحقق التضعيف إذا اتحد شرائط الوجوب، وإلا يكون تبديلًا لا تضعيفًا، والمأخوذ من الذمي وإن لم يكن زكاة؛ لأنه ليس بأهل لها، لكنه كالزكاة في الشرائط.

اعلم أن قوله: «ويصدق الذمي» ليس مجرى على عمومته؛ لأن الذمي لو قال: أديتها إلى الفقراء في المصبر لا يصدق كما يصدق المسلم؛ لأن ما يؤخذ منه جزية، ومصرفها مصالح المسلمين، وليس له ولاية الصرف إلى الفقير. (ولا يصدق الحربي) فيما يصدق فيه المسلم.

أما في قوله: أنا مديون؛ فلأنه لا عبدة بديون أهل الحرب، حتى لا يسمع قاضينا خصومتهم في المدائيات. وأما في قوله: لم يتم الحول عليّ؛ فلأنه لا يمكن حوّلًا، فيبطل اعتبار الحول في حقه. وأما في قوله: أديت إلى عاشر آخر؛ فلأن ما أخذ منه كان أجره لنفس الأمان، وقد حصل، فيعطي عاشرًا آخر للحماية. وأما في قوله: ليس مالي للتجارة؛ فلأن الظاهر يكذبه؛ إذ الانتقال إلى غير داره يكون للتجارة غالبًا. اعلم أن إجراء قوله: «لا يصدق الحربي» على عمومته مشكوك؛ لأنه لو قال: أديت إلى عاشر آخر ينبغي أن يصدق فيه؛ لأنه لو لم يصدق يؤدي إلى الاستئصال، وإذا لا يجوز كما ذكر صاحب «الهداية»: وإن مر حربي على عاشر، فعشره، ثم مر مرة أخرى؛ لم يعشره؛ لأن الأخذ في كل مرة استئصال المال، إلا إذا مر بعد العود إلى داره، فيعشره؛ لأن النفع حاصل له بالعود إليها كل مرة، فلا يستأصل ماله.

(إلا في أمهات أولاده) يعني: إذا قال الحربي في جارية: هي أم ولدي يصدق، ولا يؤخذ لأجلها شيء؛ لأن النسب كما ثبت في دارنا ثبت في دارهم، فانعدمت المالية فيها بإقراره.

¹ ح - له.

² ح - أي.

³ ح: عاشرًا.

وإنما استثنى أمهات أولاده؛ لأنه لو قال لعبيده: هم مدبرون لا يصدق؛ لأن التدبير لا يصح في دار الحرب. كذا في «التبيين».

وذكر في «المنتقى»: لو قال لعبيده: هؤلاء بني، ومثلهم لا يولدون يعتقدون ويعشرون؛ لأنه إقرار بالعتق، فلا يصدق في حق غيره، ولو كان مثلهم يولدون له؛ لا يعشرون لثبوت نسبهم منه.

(ولو مَرَّ ذمي بخمر أو خنزير [58ظ] نهيناه) أي: العاشر (عن تعشيرهما) أي: عن أخذه نصف عشر قيمتهما، عبَّر عنه بالتعشير إطلاقاً لاسم الكل على النصف. وقال زفر: يعشرهما جميعاً كيف كان؛ لأنهما سواء في المالية في حق أهل الذمة، ولهذا يجب الضمان على متلف خنزير الذمي، كما وجب على متلف خمره.

(فياخذ) العاشر نصف العشر (من قيمة الخمر فقط) أي: لا يأخذ من قيمة الخنزير؛ لأن الأخذ للحماية، والأصل في الولايات ولاية المرء على نفسه، ثم يتعدى إلى غيره، والمسلم يحمي خمره للتخليل، حتى إن من غصب خمرًا من مسلم له أن يستردها، فجاز أن يحميها الإمام لغيره، ولا يحمي المسلم خنزيره، كما إذا أسلم ذمي يجب عليه إرساله، فلا يحميه الإمام. وفي «الغاية»: يعرف قيمة الخمر بقول فاسقين تابا، أو ذميين أسلما. وفي «الكافي»: يعرف بالرجوع إلى أهل الذم؛ لكن الأول أولى. وجلود الميتة كالخمر على ما روي عن الكرخي.

(ويأمره به فيهما) أي: أبو يوسف بالتعشير في الخمر والخنزير (إن مر بهما معاً)؛ لأن الخنزير جعل تبعاً إذا انضم، كما أن الشرب لا يباع، وإذا انضم إلى أرض يباع. (وفي الخمر إن فرق بينهما) يعني: إن مر ذمي¹ بكل واحد منهما على الانفراد عشر الخمر دون الخنزير.

قيد بـ«الذمي»؛ لأن العاشر لا يأخذ من المسلم إذا مر بالخمر اتفاقاً. من الفوائد.

(ولو مَرَّ نصاب من الرطاب) جمع رطبة، أراد بها ههنا: الخضروات كالقثاء والبطيخ والعنب والتين والرطب ونحوها، يعني: لو كان له نصاب، فاشترى به في قريب آخر الحول رطاباً للتجارة، فتم عليها الحول، (فهو) أي: العاشر (ممنوع عن الأخذ منه) أي: من جنس الرطاب عند أبي حنيفة، بل يأمر صاحبها بأن يؤدي زكاتها بنفسه. وقالوا: يأخذ منه؛ لأن الرطاب دخلت تحت حماية الإمام، وصارت من أموال التجارة.

وله: إن الرطاب لم يتم عليها الحول، وإنما يؤخذ الزكاة منها باعتبار أنها بدل مال آخر، وهو النصاب، وذلك لم يكن معه وقت المرور، ولم يدخل تحت حمايته.

(فصل) في المعدن والركاز

المعدن: اسم مال خلقه الله في الأرض، والكنز: اسم مال دفنه بنو آدم، والركاز يعمهما.

(إذا وجد مسلم أو ذمي معدن ذهب، أو فضة، أو حديد، أو رصاص، أو نحاس، في أرض عشرية أو خراجية؛ نوجب فيها الخمس، ويأخذ) الواجد (الباقي) وصف الأرض بعشرية أو خراجية احترازاً عن داره؛ لأن المعدن الموجود فيها لا يخمس باتفاق أئمتنا، بل على الخلاف كما سيجيء قريباً. وقال الشافعي: لا يخمس؛ لأنه مباح سبقت إليه يد الواجد، فكان له كالصيد.

ولنا: إنها كانت في أيدي الكفرة، فحوثه أيدينا بطريق الغلبة، فشابه الغنيمة، ففيها الخمس، بخلاف ما ذكر من الصيد؛ لأنه لم يكن في يد أحد، ولما كان للواجد يد حقيقة، وللغانمين يد حكماً، والحقيقة أقوى؛ جعل الخمس للغانمين، وأربعة الأقسام للواجد، سواء كان حرّاً أو عبداً أو ذمياً. ولو كان حرّاً يؤخذ منه الكل؛ لأن الذمي يجوز أن يرضخ له من الغنيمة، فكذا فيما له حكم الغنيمة، ولا كذلك الحربي.

(وإن وجدته² في داره) أي: في دار مملوكة له، (فهو ساقط) أي: التخمس غير واجب عند أبي حنيفة. وقالوا: يخمس؛ لأنه لو وجد في المغازة كان يجب فيه الخمس، وكذا إذا وجد في داره أو أرضه قياساً على الكنز.

وله: إن المعدن جزء أرضه خلقه، ولا مؤنة في سائر أجزاء الدار، فكذا في هذا الجزء؛ لتلا يخالف الجزء الكل، بخلاف الكنز الموجود في الدار، حيث وجب الخمس فيه اتفاقاً؛ لأنه غير مركب فيها.

(وفي الأرض روايتان) عن أبي حنيفة، الألف واللام فيها بدل عن المضاف إليه، أي: في أرضه المملوكة.

¹ د: الذمي.

² د: وجد.

قيد به؛ لأن في الأرض المباحة يجب الخمس اتفاقاً، وهي في رواية عنه لا يخمس كالدار، فإنها كانت مملوكة بالشرء، أو بالهبة، أو بالإرث، ولا خمس في المملوك بهذه الأسباب، فكذا في الأرض؛ لأنها مملوكة بها. وفي رواية: يخمس.

والفرق بين الدار والأرض على هذه الرواية: أن الدار مُلكت خالية عن المَوْن، حتى قالوا: لو كان في الدار نخلة لا عشر في ثمرتها¹ ولا خراج فيها، والأرض² ملكت مشغولة بها، ولهذا يجب العشر والخراج فيها.

(وإن وجد كنزاً إسلامياً) أي: موجوداً فيه علامة يدل على أن المسلم وضعه كالمكتوب عليه كلمة الشهادة؛ (كان لقطه) سيجيء حكمها، (وإلا) أي: إن لم يكن إسلامياً، بأن كان نقوشه أصناماً، أو اسم الملوك المعروفين بالكفر (أخذ خمسه، وأخذ الباقي) أي: أخذ الواجد ما بقي من الخمس (إن كانت الأرض مباحة).

قيد به؛ لأن الحكم في المملوكة يختلف فيه.

وإن لم يعرف ضربه يجعل جاهلياً في ظاهر المذهب؛ لأن الكنز الجاهلي هو الأصل. وقيل: يجعل إسلامياً إذا تقادم زمان الفتح؛ لأن الظاهر أنه لم يبق من وضع أهل الحرب شيء. [59]

(ويطرد الحكم في المملوكة) يعني: إذا وجده في أرض مملوكة يخمس، ويأخذ الواجد ما بقي منه عند أبي يوسف.

(وقال): الباقي من الخمس (لصاحب الخطة) وهو الذي خصه الإمام بتملك تلك البقعة أول الفتح حين خط لكل واحد من الغانمين ناحية، وإن كان ميئاً فلورثته، وإن لم يعرف³؛ فهو لأقصى مالك يعرف في الإسلام ولورثته.

له: إنه من دفين الكفار، ولم تصل⁴ أيدي الغانمين إليه بالإحراز، فصار من أخرجه أول محرز له، فكان أحق به، كما إذا وجده في غير المملوكة.

ولهما: إن تلك البقعة صارت مملوكة بما في باطنها لصاحب الخطة أولاً، ثم بالبيع لم يخرج عن ملكه، كمن باع سمكة في باطنها درة يكون الدرلة للبايع، بخلاف المعدن؛ لأنه من أجزاء الأرض، فيخرج عن ملكه بالبيع كسائر أجزائها.

(ويوجهه) أي: أبو يوسف التخميس (في اللؤلؤ والعنبر) وهو زيد البحر. وقيل: خشي دابه له رائحة كالمسك. وقيل: حشيش فيه؛ لما روي «أن عمر رضي الله عنه كان يأخذ الخمس منهما». (دون الزئبق) وهو بكسر الباء بعد همزة ساكنة، وهو فارسي معرَّب بالهمزة، يعني: لا يوجب أبو يوسف الخمس في الزئبق؛ لأنه جوهر سيال، فلا يخمس كالنفض والقيز.

(وعكسا فيهما) أي: في المسألتين، يعني: قالوا: لا خمس في اللؤلؤ والعنبر؛ لأنه إنما يكون في الغنيمة، وهي اسم لما يكون في أيدي الكفرة وحوته أيدينا غلبة، وقعر البحر لم يرد عليه قهر أحد. وفي الزئبق الخمس؛ لأنه من جواهر الأرض، فصار كالرصاص والحديد.

اعلم أن الخلاف في الزئبق الذي أصيب في معدنه؛ لأن الزئبق الموجود في خزائن الكفار يخمس اتفاقاً.

(فصل) في مصارف الزكاة

الأصل فيه قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ﴾ [التوبة، 60/9] الآية، وكلمة «إنما» تفيد الحصر.

(تصرف إلى فقير مقل) وهو من له أدنى شيء، (ومسكين مُعْدِم) وهو من لا شيء له، وكلٌّ من الوصفين كاشفٌ عن معنى موصوفه. (وعكس الوصف رواية) يعني: روي عن أبي حنيفة أيضاً: أن الفقير هو المعدم، والمسكين هو المقل.

وجه الأول: قول الشاعر:

أَمَّا الْفَقِيرُ الَّذِي كَانَتْ حُلُوبُهُ * وَفَقَّ الْعِيَالِ فَلَمْ يُتْرَكْ لَهُ سَبْدٌ

سماه فقيراً مع أن له حلوبة، وقوله تعالى: ﴿أَوْ مُسْكِينًا دَا مُتْرَبَةً﴾ [البلد، 16/90]، يعني: التصق بطنه بالتراب من الجوع.

وجه⁵ الثاني: قوله تعالى: ﴿أَمَّا السَّفِينَةُ فَكَانَتْ لِمَسَاكِينَ﴾ [الكهف، 79/18]، والفقير بمعنى المفقر، وهو المكسور الفقار، وهو أسوء حالاً.

¹ د: ثمرها.

² ح: لأنها.

³ د: تعرف.

⁴ د: يصل.

⁵ د: وجه.

وفائدة هذا الخلاف تظهر في الوصية للفقراء والمساكين.

(وعاملٌ على الزكاة) وهو من نصبه الإمام لاستيفاء العشور وزكوات المواشي **(بقدر عمله)** وفيه إشارة إلى أن ما يأخذه العامل أجرة على عمله، فلا يستحقها بدونه، ولهذا لو أعطى المالك بنفسه زكاته إلى الإمام لا يستحق العامل شيئاً، ولكن فيما أخذه شبهة الصدقة، ولهذا لم يحلّ للعامل الهاشمي أخذها، ولم يقدر أجرته بشيءٍ عندنا، فيعطيه الإمام ما يكفيه وعياله وأعوانه؛ لأنه يسعى للفقراء، كما يعطى القضاة ما يكفيهم من أموال المسلمين.

وفي «التبيين»: لو استغرقت كفايته الزكاة لا يزداد على نصفها؛ لأن التنصيف عين الإنصاف.

(وغارم لزمه دينٌ لا يفضل بعده نصابٌ) هذه الجملة صفة «دين»، والمجموع وصفٌ كاشفٌ للغارم).

قيّد بقوله: «لا يفضل»؛ لأنه لو فضل عن دينه نصابٌ يكون غنياً، وهو ليس بمصرف.

(وفي سبيل الله) أي: يصرف إلى من هو في سبيل الله، **(ويفسره)** أي: أبو يوسف من في سبيل الله **(بمنقطع الغزاة)** يعني: فقراءهم؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «احتبس خالدٌ أدرعه في سبيل الله»، ولا شك أن الدرع للحرب لا للحج. **(لا الحاج)** يعني: فسره محمد بمنقطع الحاج، يعني: فقراءهم؛ لما روي «أن رجلاً جعل بعيراً له في سبيل الله، فأمر¹ صلى الله عليه وسلم أن يحمل عليه الحاج».

(وابن سبيلٍ منقطع عن ماله) وهذا الوصفٌ كاشفٌ أيضاً، وهو غني من جهة المال، فقيرٌ من حيث الحال؛ لأنه لا يمكن دفع حاجته بماله، فحلّ له أن يأخذ من الزكاة قدر حاجته، ولو أخذ أكثر منه فهو حرام؛ لكن الأولى له أن يستقرض إن وجد من يقرضه. ومن هو غائبٌ عن ماله ملحق به، وإن كان في بلده. كذا في «التبيين». سمي المسافر ابن سبيل² لملازمته له، فصار كأنه ولده، ومنه قولهم: الصوفي ابن الوقت.

(وفي فك رقية المكاتب) يعني به: معاونة المكاتب على أداء بدل الكتابة، وهو المراد من قوله تعالى: ﴿وَفِي الرِّقَابِ﴾ [التوبة، 60/9]، ثم إن عجز المكاتب، وانتقل تلك الصدقة إلى مولاه الغني؛ يحلّ له، وكذا الفقير إذا استغنى، وابنُ السبيل إذا قدر على ماله؛ لأن الصدقة وقعت في مصرفها عند الأخذ.

(وسقطت المؤلفة) وهم قومٌ كان النبي صلى الله عليه وسلم يعطيهم سهماً في الصدقات ليؤلف قلوبهم، وهم ثلاثة أصناف: صنفان منها كانوا من الكفرة، وكان صلى الله عليه وسلم يعطيهم ليسلموا وتسلم قومهم بإسلامهم، أو كان يعطيهم لدفع شرورهم، وهذا الدفع **[59ظ]** كان قائماً مقام الجهاد في ذلك الوقت. وصنفٌ منها كانوا مسلمين، وكان صلى الله عليه وسلم يعطيهم ليقرهم على الإسلام لعلمه ضعف قلوبهم، فبعدما قبض صلى الله عليه وسلم بذل أبو بكر لهم خطاً لسهامهم، فلما رأى عمر رضي الله عنه ذلك الخط مرّقه، فقال: كان صلى الله عليه وسلم يعطيكم ليؤلفكم على الإسلام، فاليوم أعزّ الله دينه، فليس بيننا وبينكم إلا السيف أو الإسلام، فلم ينكر عليه أبو بكر، فبطل حُفهم من ذلك اليوم، فحل محلّ الإجماع، وهذا من قبيل انتهاء الحكم بانتها³ علته، لا أنه نسخ؛ إذ لا نسخ بعد النبي صلى الله عليه وسلم.

اعلم أن المذكورات مصارفُ العشور والزكوات، وما أخذ العاشر من تجار المسلمين، وأن مصارفَ خمس الغنائم والمعدن والركاز ثلاثة؛ لأن سهم الله ورسوله واحد في قوله تعالى: ﴿وَأَعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ﴾ [الأنفال، 41/8]، وسهم الله والرسول⁴ صلى الله عليه وسلم وذوي القربى ساقط، فبقي ثلاثة. وأما مصارفُ ما أخذ من أخرجة الأرض وجزية الرؤوس، وما أخذ العاشر من تجار أهل الذمة والمستأمن؛ فمصالح المسلمين من سد الثغور، وعمارَة الرياضات والجسور، وأرزاق العلماء النافعين، والقضاة العادلين، والمقاتلة، والمحتسبين. ومصارف بيت المال؛ فمعالجة المرضى، وأكفان الموتى، ونفقة اللقيط، ومن هو عاجز عن الكسب. والواجب على الأمراء أن يجعلوا لكل نوع من الأموال المذكورة بيتاً على حدة، فيصرف كلاً منها في مصرفه.

¹ د: وأمر.

² د: السبيل.

³ د: لانتها.

⁴ د: وسهم الرسول.

ولو أخذوا منها لأنفسهم زائداً مما يكفيهم، أو خلطوا المصارف، ولم يراعوها؛ يكونون ظلماء. كذا في «شرح مختصر الطحاوي».

(ونجيز الاقتصار على أحدهم) أي: على¹ أحد الأصناف المذكورة في إعطاء الزكاة، (ولا نوجب القسمة على ثلاثة من كل صنف). وقال الشافعي: يجب أن يصرف الصدقات على ثلاثة أنفس من كل صنف؛ لأن الله تعالى أضاف الصدقات إلى الأصناف بلام التملك في قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ﴾ [التوبة، 60/9] الآية، فتصير مشتركة بينهم، كمن أوصى للأصناف المذكورة ذكر كل صنف بلفظ الجمع، وأقله ثلاثة.

ولنا: قول ابن عباس رضي الله عنهما لمن سأله عن ذلك: في أي الأصناف وضعت أجزأك، واللام في الآية للعاقبة، كما في قوله:

[لَهُ مَلِكٌ يُنَادِي كُلَّ يَوْمٍ] * لِدُوا لِمَمُوتٍ وَابْنُوا لِلْخَرَابِ²

ولأنه إذا لم يوجد صنف منهم يصرف إلى مصر آخر اتفاقاً، ولو كان اللام للتمليك؛ لوجب إمساكه³، والجمع المحلى باللام يراد به الجنس.

(وأجزنا إخراج نصاب تام) أراد من إخراجها: إعطاه الفقير (مع الكراهة). وقال زفر: لا يجوز؛ لأن الغني قارن الأداء، فحصل الأداء إلى الغني.

ولنا: إن المدفوع إليه كان فقيراً حالة التملك، فصار غنياً بعده، ومانع الشيء ما يسبقه، لا ما يلحقه، وإنما كره؛ لأن الانتفاع به صادف حال الغني، ولو صادف حال الفقر؛ لكان أكمل، حتى لو كان مديوناً أو ذا عيال لا يكره؛ لأنه لا يكون به غنياً.

(ولا تصرف إلى ذمي) الزكاة، وألحق بها العشر؛ لقوله صلى الله عليه وسلم لمعاذ: «خذها من أغنيائهم، وردها في فقرائهم»، وضمير «أغنيائهم» راجع إلى المسلمين، وكذا ضمير «فقرائهم» وإلا⁴ يختل نظم الكلام.

قيدنا بـ«الزكاة»؛ لأن دفع صدقة التطوع إليه جائز، وأما دفع سائر الصدقات الواجبة كالكفارات، وصدقة الفطر، والنذر؛ فجائز؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «تصدقوا على أهل الأديان». وعن أبي يوسف: إنه لا يجوز اعتباراً بالزكاة.

(وبناء مسجد وتكفين) يعني: لا يجوز أن يبني بالزكاة مسجد أو يكفن بها ميت؛ لانعدام التملك، وكذا لا يقضى⁵ بها دين الميت أو الحي بغير أمره لانعدام التملك، وإن قضى بها دين الحي بأمره جاز، ويكون القابض كالوكيل له في قبض الصدقة.

(واعتاق) يعني: لا يشتري بالزكاة رقبة، فيعتق؛ لعدم التملك⁶ فيه أيضاً.

فإن قلت: من أين شرطت التملك، وقد جعلت اللام في الآية للعاقبة؟

قلت: اللام تدل⁷ على الملك، لكنه يحصل لهم بعد الصرف إليهم في العاقبة، ولا يحصل قبله؛ لأنهم مجهولون، والمجهول لا يستحق شيئاً.

(وأصول المزكي، وفروعه، وزوجته) يعني: لا يدفع المزكي زكاته إلى أبيه وإن علا، ولا إلى ولده وإن سفل؛ لأن منافع الأملاك بينهم متصلة، ولا إلى زوجته؛ لاشتراك الزوجين في المنافع عادةً.

(وصرفها إليه) أي: صرف المرأة زكاتها إلى زوجها (باطل) عند أبي حنيفة. وقال: يجوز.

قيد بقوله: «صرفها»؛ لأن صرف الرجل زكاته إلى امرأته باطل اتفاقاً.

وقيدنا صرفها بـ«زكاتها»؛ لأن إعطاءها التطوع إلى الزوج جائز اتفاقاً.

لهما: إنه تملك من الغير من كل وجه؛ لأن نفقة الزوج ليست عليها.

وله: إن المنافع بينهما متصلة، ولهذا لا تقبل¹ شهادة أحدهما للآخر، فلا يكون تملكاً من الغير من كل وجه.

¹ د - على.

² د - وابنوا للخراب.

³ ح - ولأنه إذا لم يوجد...

⁴ ح: ولا.

⁵ د: تقضى.

⁶ ح: التملك.

⁷ د: يدل.

(وعبده، ومكاتبه، ومدبره، وأم ولده)؛ لأنَّ أكسابهم للمولى، فلم يتحقَّق التملك. وكذا لا يجوز دفع جميع الصدقات كصدقة الفطر [60و] والنذر والكفارات والعشر إلى مماليكه وأصوله وفروعه.

(ومعتق البعض كالمكاتب) عند أبي حنيفة، خلافاً لهما. وهذا شامل للصورتين:

إحداهما: إنَّ مالك العبد إذا أعتق بعضه وجب السعاية في البعض الآخر عند أبي حنيفة، فلا يجوز للمعتق أن يدفع زكاته إليه؛ لأنه كمكاتبه. وعندهما: يجوز؛ لأنَّ كلَّه صار حرًّا بإعتاق بعضه.

وثانيتها: إنَّ أحد الشريكين إذا أعتق نصيبه من العبد لا يجوز للشريك الساكت إذا اختار السعاية أن يدفع زكاته إليه عند أبي حنيفة؛ لأنه كالمكاتب الغير²، ويجوز عندهما. وأما إذا اختار الساكت التضمين؛ كان أجنبيًّا عن العبد، وجاز له أن يدفع الزكاة؛ لأنه كمكاتب الغير.

(ونحرهما) أي: الزكاة، والمراد: أخذها (على من يملك قدر نصابٍ فاضلٍ عن الحاجة الأصليَّة) من أيِّ مالٍ كان بلا اشتراط الثَّماء فيه، حتى لو كان له كتابٌ مكرَّرٌ يحسب أحدهما من النصاب، ولو كان له داران يسكن في إحداهما، ولا يسكن في الأخرى؛ يُعتبر قيمة³ الثانية، سواءً كان يؤجرها أو لا. وقال محمد: إن كان يصرف أجرتها إلى قوته وقوت عياله لا يعتبر قيمتها. وهذا النصابُ تتعلق به الأحكامُ الأربعة من حرمان الصدقة، ووجوب الأضحية، وصدقة الفطر، ونفقة الأقارب.

إنَّما قال: «قدر نصاب»؛ لأنَّ من ملك نفس النصاب⁴؛ فعليه الزكاة؛ لأنه يكون نامياً.

(لا قدر الكفاية ولا كسوب) بالجرِّ عطف على «من يملك»، ولو قال: لا كسوب ولا قدر الكفاية؛ لكان أحسنَ ترتيباً، يعني: عند الشافعي: تحرمُ الزكاةُ على من يملك قدر ما يكفيه، وعلى من يكون مستغنياً بكسبه؛ لما روي أنه صلى الله عليه وسلم قال: «من سأل الناس عن ظهر غنيٍّ؛ فإنما يستكثر من جمر جهنم». قيل: وما ظهر غنيٍّ؟ قال: «أن يكون عند أهله ما يغديهم ويعشيهم».

ولنا: إنَّ النبي صلى الله عليه وسلم جعل في حديث معاذ الناس صنفين: أغنياء وفقراء، ومن لم يملك نصاباً يكون من جملة الفقراء، فيحلُّ له الأخذ، وما رواه يدل على المنع عن السؤال، فلا يُفهم منه المنع عن الأخذ، فيجوز الأخذ. وإنما وضع في الصدقة الواجبة؛ لأنَّ النفل يجوز للغني، من «الحقائق»⁵.

(ولا تصرف⁶ إلى ولد غني صغير)؛ لأنه تحت ولايته، ويعد غنياً بغنى أبيه، سواء كان في عياله أو لم يكن في الصحيح.

قيد بـ«الولد»؛ لأنَّ صرفها إلى زوجة غنيٍّ جائزٌ إذا كانت فقيرةً.

وقيد بـ«صغير»؛ لأنَّ صرفها إلى ولده الكبير جائز وإن كانت نفقته واجبةً عليه، بأن كان زمنًا أو أعمى؛ لأنه لا يعدُّ غنياً بغنى أبيه.

(وعبده) أي: عبد غنيٍّ؛ لأنَّ تملكه يقع تملكاً لمولاه، وأما إذا كان مأذوناً مديوناً بدينٍ يحيط برقبته وكسبه؛ يجوز الصرفُ إليه عند أبي حنيفة، خلافاً لهما.

(وبني هاشم: آل علي، وعباس، وجعفر، وعقيل) بفتح العين، (وحارث، ومواليهم) آل بالجرِّ بدل من «بني هاشم»، وبالرفع خبر مبتدأ محذوفٍ. إنما لم يجر صرفُ الصدقة إليهم؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «إن الصدقة حرامٌ على محمد وآله»، وقوله صلى الله عليه وسلم: «إنَّ مولى القوم من أنفسهم».

اعلم أن عباساً وحارثاً عثمان للنبي صلى الله عليه وسلم، وجعفرًا وعقيلًا أخوان لعليِّ بن أبي طالب، فكلهم⁷ ينسبون إلى هاشم؛ لأنَّ رسولنا صلى الله عليه وسلم محمد بن عبد الله بن عبد المطلب بن هاشم بن عبد مناف. خصَّهم بالذكر؛ لأنَّ بعض بني هاشم - وهو بنو لهب - يجوز دفعُ الزكاة إليهم؛ لأنَّ حرمةَ الصدقة كرامة لهم، وإنما استحقوها بنصرهم النبي صلى الله عليه وسلم في

1 ح: يقبل.

2 د - الغير.

3 ح: قيمته.

4 ح: نصاب.

5 د - فيجوز الأخذ.

6 ح: يصرف.

7 د: وكلهم.

الجاهلية والإسلام، ثم سرى ذلك إلى أولادهم، وأبو لهب آذى النبي صلى الله عليه وسلم، فكيف يستحقُّ الكرامة؟ لا فرق في ذلك بين الصدقة الواجبة والنفل، وكذا الوقف لا يحلُّ لهم. ذكر في «البدائع»: إن سُمِّي الواقفُ بني هاشم يجوز الوقفُ عليهم، كما لو سُمِّي الواقفُ الأغنياء، وإن لم يسمهم لا يجوز. وقال بعض مشايخنا: يحلُّ لهم النفل؛ لأنَّ الوسخ لا يزول به، كما يزول بالفرض. وفي «شرح الآثار» عن أبي حنيفة: إنَّ الصدقات كُلُّها جائزةٌ على بني هاشم، والحرمةُ كانت في عهد النبي صلى الله عليه وسلم لوصول خمس الخمس إليهم، فلما سقط ذلك بموته حلت لهم الصدقة، قال الطحاوي: وبالجملة نأخذ.

(ويوجب الإعادة على ظانِّ قبول المحلِّ، فكان بالصدِّ) يعني: إذا دفع زكاته إلى رجلٍ على ظنِّ أنَّه صالحٌ لإعطاء الزكاة، فظهر أنه غنيٌّ، أو هاشميٌّ، أو ذميٌّ، أو أبوه، أو ابنه؛ يوجب أبو يوسف عليه الإعادة، يعني: أداء الزكاة ثانيًا، وليس معناه: أنه يوجب استرداد ما أدى؛ لأنه لا يرُدُّ اتفاقًا. وهل يطيب¹ للقباض؟ اختلف فيه، وعلى قول من لا يطيب: يرُدُّ على المعطي ليعيد الإيتاء على وجه التملك، أو يتصدق. [60ظ] كذا في «النهاية». وقال: تسقط عنه الزكاة.

له: إنَّ خطأ ظهر بيقينٍ، فصار كما إذا توضع بماءٍ وصلّى، ثم تبين أنه كان نجسًا، يعيدُ صلاته. **ولهما:** إنَّه أذاهما باجتهاده، فيصحُّ وإن أخطأ، كما أن الصلاة بالتحري جائزة عند الاشتباه وإن وقعت إلى غير القبلة. قيّد «الظان الدال على اجتهاده»؛ لأنه لو دفعها بلا اجتهادٍ في أنه مصرفٍ، فظهر خلافه؛ يعيد اتفاقًا. وقيّد الظنَّ ب«قبول المحلِّ»؛ لأنه لو وقع ظنه على أنه ليس بمصرفٍ، فدفع؛ لا يجزئه عندهما، إلا إذا ظهر أنه مصرفٌ. **(وتجب) أي²:** إعادة الزكاة (لو ظهر مكاتبًا له) أي: للدافع. إنما وجب الإعادة ههنا اتفاقًا مع أن وجوبها في الصورة السابقة كان على الخلاف؛ لأن التملك الذي هو ركنٌ في أداء الزكاة فائت ههنا، وفي الصورة السابقة كان شرطُ الأداء فائتًا، فافترقا.

(ويجوز إطعامُ يتيمٍ وكسوتهُ منها) أي: من الزكاة (إذا ملكه بالتسليم إليه) قيّد به؛ لأنه لو أطعم اليتيم على وجه الإباحة لا يجزئ عن زكاته. هذا إذا كان اليتيم مراهقًا، أو كان يعقلُ القبض، بأن لا يرمي به، أو لا يخدع عنه، وإن كان صغيرًا لا يعقل أو مجنونًا لا يجوز، كما لو وضع زكاته على دكانٍ، ثم جاء فقيرٌ، فقبضها، فإنه لا يجوز. كذا في «الخانبة».

(ويكره نقلها) أي: نقلُ الزكاة إلى بلدٍ آخر رعايةً لحقِّ الجوار، (إلا لقراءة، أو زيادة حاجة) يعني: لا يكره نقلُ المزكي زكاته إلى قريبه في بلد آخر، أو إلى قوم هم أحوَج من أهل بلده؛ لأن فيه صلةً للرحم، أو دفع زيادة الحاجة. اعلم أن عدم كراهة النقل غيرٌ منحصرٌ في هاتين الصورتين؛ لأن مسلمًا لو دخل دار الحرب بأمانٍ، ومكث فيها سنين، فعليه الزكاة في ماله الذي خلف، وفيما استفاد فيها، لكنه يفتى بالأداء إلى من يسكن في دار الإسلام من الفقراء وإن وجد المسلم³ في دار الحرب. وكذا لو نقلها لكون فقراء بلد آخر أروع أو أنفع للمسلمين بتعليمٍ يجوز بلا كراهة؛ لما روي أن معاذًا كان ينقلها من اليمن إلى المدينة لهذا المعنى. كذا في «النهاية».

وذكر في «الخلاصة»: لو بعثها إلى فقراء بلد آخر قبل تمام الحول، ثم تمَّ الحول؛ يجوز بلا كراهة. ثم المعتبرُ فيه: فقراء مكان المال؛ لأنه هو محلُّ الزكاة، ولهذا يسقط الزكاة⁴ بهلاكه. قالوا: الأفضل في صرف الصدقة أن يصرفها إلى إخوته، ثم أعمامه، ثم أخواله، ثم ذوي الأرحام، ثم جيرانه، ثم أهل سكنته، ثم أهل مصره.

فصل في صدقة الفطر ومقدارها ووقت وجوبها

(تجب صدقة الفطر على الحرِّ المسلم) لقوله صلى الله عليه وسلم: «أدوا عن كل حرٍّ وعبد، صغيرٍ أو كبيرٍ، نصف صاع من برٍّ، أو صاعًا من تمرٍ، أو صاعًا من شعيرٍ». شرط الحرية؛ ليتحقق التملك، والإسلام؛ ليقع ما أعطاه قربةً. **(ونشرط) في وجوب صدقة الفطر (ملكٌ مقدارٍ نصابٍ فاضلٍ عن الحاجة الأصلية) لقوله صلى الله عليه وسلم:** «أغنهم عن المسألة في هذا اليوم»، والإغناء إنما يكون من الغني، والغنى حدّه الشرع بملك ما ذكر في المتن.

¹ د: تطيب.

² د - أي.

³ د: المسلمون.

⁴ د - الزكاة.

(لا ملك ما يفضل عن قوت يومه لنفسه وعباله). وقال الشافعي: شرط وجوبها: أن يملك ما يفضل عن قوت نفسه وعباله؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «صدقة الفطر طهراً للصائم»، فاستوى فيه الغني والفقير.

(وزاد) محمداً على ما شرطنا (البلوغ والعقل)، فلا تجب على الصبي والمجنون؛ لأنها عبادة، وهما ليسا من أهل وجوبها كالزكاة.

(وقالا: يخرج الولي من مالهما¹) أي: مال الصبي والمجنون؛ لأنها واجبة بسبب الغير، فيكون جهة المؤنة فيها غالبية، فيجب في مالهما كالنفقة، إلا أنهما ليسا بأهل للخطاب، فخطوب وليهما بالإخراج، أو وصي منصوب من قبل القاضي عند عدم وصي الأب، أو وصي وصيه، أو وصي الجد.

(ويؤديها عن نفسه وأولاده الصغار) إن لم يكن لهم مال، وإن كان؛ ففي وجوب الأداء عنهم خلافت كما مر. (وعبيده) إذا كانوا للخدمة؛ لأنهم إذا كانوا للتجارة؛ ففيه خلافت سيجيء. وكذا يجب عن عبيد عبده المأذون المديون بدين مستغرق عندهما؛ لأن المولى يملك أكسابه، ولا يجب عند أبي حنيفة بناءً على أنه لا يملك أكسابه. (ومدبريه وأم ولده، لا عن المكاتب) أي: لا يؤديها المولى عن مكاتبه؛ لانعدام ولايته عليه، (ولا يجب² عليه) أي: صدقة الفطر على المكاتب؛ لأنه فقير لا ملك له حقيقةً.

(ولا نوجبها عن النساء). وقال الشافعي: يجب على الزوج صدقة الفطر عن زوجته؛ لأنه يمونها، وقد قال صلى الله عليه وسلم: «أدوا عن تمونون».

ولنا: إن المراد منه: تمونون بالولاية عليه، بدليل أن صدقة الفطر لا تلزمه³ عن أخيه وذوي أرحامه إذا مانهم⁴ لعدم ولايته عليهم، والزوج لا يلي على زوجته، ولهذا لا يملك بيع مالها، ولا يمونها أيضاً [61و] على الكمال؛ لأنه لا يلزم عليه المؤن المعارضة كالأدوية المحتاجة إليها زوجته، وإن أدّى عنها بغير إذنها يجزئ لثبوت الإذن عادةً.

(وأولاده الكبار الفقراء) وقال الشافعي: تجب عنهم إذا كان يمونهم لفقيرهم؛ لما مر من دليله. قيد بـ«الفقراء»؛ لأنهم لو كانوا أغنياء لا يجب عنهم اتفاقاً. ولنا: إن ولايته منقطعة عنهم، فلم يتم سبب الوجوب.

(والأبق) وقال الشافعي: تجب عن عبده الأبق؛ لإطلاق قوله صلى الله عليه وسلم: «أدوا عن كل حر وعبد». ولنا: إنَّ حال الإباق لا يمونه ولا يلي عليه، فصار كالهالك، ولا تجب عن نفسه أيضاً بسببه، بخلاف العبد المرهون، حيث تجب عنه إن فضل بعد الدين قدر النصاب، وأما العبد المستغرق بالدين والعبد الجاني؛ فيجب عنهما، سواءً فضل بعد الدين أو الفداء قدر النصاب أو لم يفضل. والفرق: أنَّ الدين في الرهن على المولى، وفي المستغرق والجاني على العبد، فلا يمنع الوجوب على المولى. كذا في «التبيين».

(وللتجارة) أي: لا نوجبها عن العبد للتجارة. وقال الشافعي: تجب عنه صدقة الفطر والزكاة أيضاً، ولا تنافي في وجوبهما؛ لأن صدقة الفطر واجبة على العبد عن رأسه، والمولى يتحملها عنه، والزكاة واجبة على المولى لماليتها بالتجارة. ولنا: إنَّ العبد سبب للفطرة والزكاة جميعاً، فلو وجبت الفطرة عنه لأدَّى إلى الثنا، وقد قال صلى الله عليه وسلم: «لا ثنا في الصدقة».

(ونخرج) أي: نأمر المولى بإخراج الفطرة (عن العبد الكافر)، خلافاً للشافعي. له: إنَّها تجب على العبد ابتداءً، ثم يتحملها المولى على ما مر من أصله، والكافر لا يصلح لإيجابها عليه. ولنا: إطلاق قوله صلى الله عليه وسلم: «أدوا عن كل حرّ وعبد». ولو كان المولى كافراً والعبد مسلماً لا تجب عليه اتفاقاً، أما عندنا؛ فلأن المولى غير صالح لإيجابها ابتداءً. وأما عنده؛ فلكونه غير صالح لإيجابها على وجه التحمل.

1 د: مالهما.

2 د: تجب.

3 ح: يلزمه.

4 د: امانهم.

(والعبيد) المشترك فيها (بين اثنين لا فطرة على واحد منهما) عند أبي حنيفة. (وقالا: على كل ما يخصه من الرؤوس لا الأقسام) مثلاً: لو كان لشريكين¹ أربعة أعبد؛ يجب عندهما على كل واحدٍ عن اثنين، ولو كان ثلاثة؛ تجب عن اثنين دون الثالث. وفي «المصنفى»: هذا في عبيد الخدمة؛ إذ في عبيد التجارة لا تجب اتفاقاً، وهذا بناءً على أن أبا حنيفة لا يرى قسمة الرقيق جبراً للتفاوت الفاحش، وهما يرواها.

وقيل: عدم وجوب الفطرة بالاتفاق؛ لأن كل واحدٍ من العبدین قبل القسمة نصفه لأحد الشريكين ونصفه للآخر، فلا² تتم الرقبة لكل منهما، والصحيح: أنه على الخلاف أيضاً. كذا في «الكافي».

(ولا نوجب عليهما نصفين عن الواحد بينهما) يعني: إذا كان عبداً بين اثنين لا تجب على كل واحدٍ منهما فطرته عندنا؛ لانعدام سبب الوجوب، وهو الولاية الكاملة على تمام الرقبة. وقال الشافعي: تجب عليهما نصفين بناءً على أصله من أنها تجب على العبد ابتداءً، ثم يتحملها المولى عنه، والعبء ههنا كاملٌ في نفسه، وهما يموناها، فتجب عليهما.

وفي «الحقائق»: هذا إذا لم يكن بينهما مهياً؛ إذ لو كانت ووجد الوقت في نوبة أحدهما تختص الفطرة له في قول. (وأوجباها عنه) أي: عن العبد حال كونه (مبيعاً بالخيار على البائع إن فسح، وإلا على المشتري) يعني: إذا بيع العبد بخيار الشرط للبائع أو للمشتري، فمر يوم الفطر في مدة الخيار؛ ففطرته عندنا على البائع إن فسح البيع، وعلى المشتري إن لم يفسح. (لا على من له الخيار) يعني³: وقال⁴ زفر: تجب فطرته على من له الخيار منهما.

قيد بـ«الخيار»؛ لأن البيع لو كان باتاً، والمبيع غير مقبوض يوم العيد؛ فقبضه بعده؛ ففطرته على المشتري اتفاقاً؛ لأن الملك قد تقرر بالقبض، وإن لم يقبضه حتى هلك لم تجب على واحدٍ منهما اتفاقاً. أما على المشتري؛ فظاهر. وأما على البائع؛ فلا أنه عاد إليه المبيع غير منتفع به، فكان بمنزلة العبد الآبق.

وأراد بالخيار: خيار الشرط؛ لأن المبيع لو رُدَّ بخيار عيبٍ أو رؤية قبل القبض؛ ففطرته على البائع اتفاقاً؛ لأن ملكه عاد إليه منتفعاً به، فعاد بحقوقه، وإن رده بعد القبض؛ فعلى المشتري؛ لأنه زال ملكه عنه بعد تمامه، فلا تسقط⁵ عنه الصدقة. كذا في «المحيط».

له: إن وجوب الفطرة باعتبار الولاية والمؤنة، وكلاهما ثابتان لمن له الخيار، فتجب⁶ عليه. ولنا: إن ملك المبيع في البيع بالخيار موقوف، فكذا ما يبتني عليه، ألا ترى⁷ أنه لو فسح يعود إلى قديم ملك البائع، ولو أجزى يثبت الملك للمشتري من حين العقد، حتى استحق الزوائد المتصلة والمنفصلة.

(ويوجبها حيث هم، لا حيث هو) يعني: إذا كان العبيد في مكانٍ غير مكان المولى، قال أبو يوسف: يؤدى الفطرة عنهم في مكانهم؛ لأنها واجبة عليه⁸ بسببهم. وقال محمد: يؤدىها في مكانه؛ لأنها واجبة عليه، ومحلها [61ظ] ذمته، ولهذا لا تسقط⁹ بهلاكهم.

(ويكملها على كل من أبوين تنازعا ولداً) يعني: إذا جاءت جارية بين شريكين بولد، فأدعياه؛ تجب على كلٍ منهما صدقة تامة عند أبي يوسف؛ لأنه ابنٌ كاملٌ لكلٍ منهما.

(وقسمها عليهما)، يعني¹⁰: قال محمد: عليهما فطرة واحدة؛ لأن الولاية لهما، والمؤنة عليهما.

¹ د: للشريكين.

² د: ولا.

³ ح — يعني.

⁴ د: قال.

⁵ د: نسقط.

⁶ د: فيجب.

⁷ د: يرى.

⁸ د — عليه.

⁹ ح: يسقط.

¹⁰ د: نعي.

(ويجب صاعٌ من تمرٍ أو شعيرٍ، ويخرج¹ نصفه من البر). وقال الشافعيُّ: يجب من البر صاعٌ أيضًا؛ لقول أبي سعيد الخدري رضي الله عنه: «كنا نخرجُ زكاةَ الفطر على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم صاعًا من طعامٍ، أو صاعًا من شعيرٍ»، المراد بالطعام: الحنطة.

ولنا: ما روى ابن عمر رضي الله عنهما: «أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر في زكاة الفطر بنصف صاعٍ من حنطةٍ، أو صاعٍ من تمرٍ»، وهو مذهبُ كبار الصحابة رضي الله عنهم، وحديث أبي سعيد² الخدري محمولٌ على التبرع بالزيادة، وكلاهما في الوجوب. (وكذا من الزبيب في روايةٍ) يعني: كما يخرج من البر يخرج من الزبيب في روايةٍ عن أبي حنيفة، وهي المشهورة؛ لأنَّ البرَّ والزبيب متقاربان من حيث إنَّ كلاً منهما يؤكل بجميع أجزائه. وقالوا: يخرج من الزبيب صاعًا³؛ لأنه قريبٌ من التمر في التَّنقل به. (ونجيز القيمة) أي: يجوز دفعُ القيمة في صدقة الفطر عندنا، خلافًا للشافعي. سبق بيانُ الدليلين من الطرفين في باب الزكاة في قوله: «ونجيز أخذ القيمة».

(ومن دقيق الحنطة والشعير وسويقهما على النسبة) يعني: يجوز عندنا إخراجها من الدقيق والسويق على نسبة حبوبه، بأن يكون من دقيق الحنطة⁴ نصف صاع، ومن دقيق الشعير صاع، وكذا من سويقهما. وقال الشافعيُّ: لا يجوز؛ لأنَّ الاعتبارَ لعين المنصوص عليه.

ولنا: قوله صلى الله عليه وسلم: «على كل مسلمٍ مدآن من قمح أو دقيقٍ»، والمدُّ: ما يكون وزن ما فيه مائتين⁵ وستين درهماً، لكن لا يجوز دفعُ المنصوص عليه باعتبار القيمة، مثل أن يؤدي ربع صاعٍ من تمرٍ عن صاعٍ من شعيرٍ، ولو أدى من الذرة وغيرها بالقيمة يجوز.

(واعتبروا القيمة في الأقط) وقال مالكٌ: يعتبر فيه الصاع؛ لما روي أنه صلى الله عليه وسلم قال: «أو صاعًا من أقط».

ولنا: إنَّ هذه الرواية غيرُ مشهورة، فيعتبر فيه القيمة احتياطًا.

(ويقدره) أي: أبو يوسف الصاع (بخمسة أرطال وثلث) رطلٍ (عراقية، وهما بثمانية) أرطالٍ.

له: ما حكى أنه لما حَجَّ سأل أهل المدينة عن الصاع، فقالوا: خمسة أرطال وثلث رطلٍ، وسمعنا عن آباءنا: أنه صاعُ النبي صلى الله عليه وسلم.

ولهما: ما روي عن عائشة رضي الله عنها فسرت الصاع بثمانية أرطال، وما⁶ حكاها ليس بحجَّةٍ؛ لأنهم مجهولون نقلوا عن المجهولين.

قيل: لا خلافٌ بينهم في الحقيقة في الصاع؛ لأنَّ الرطل كان في زمن أبي حنيفة عشرين إستانًا، وزاد في عصر أبي يوسف، فصار ثلاثين إستانًا. والإستان بكسر الهمزة: ستة دراهم ونصف. فالرطل في زمن أبي حنيفة كان مائة وثلاثين درهماً، وفي زمن أبي يوسف مائة وخمسة وتسعين درهماً، فإذا قَابَلْتَهُمَا تجدَّ كلٌّ واحدٍ منهما ألفًا وأربعين درهماً.

وفي «التبيين»: هذا القيل أشبه؛ لأنَّ محمدًا لم يذكر المسألة خلافيَّةً، ولو كان فيها خلافٌ لذكره؛ لأنه أعرِفُ بمذهبه.

(ويمنع صرفها إلى ذمي) أي: قال أبو يوسف: لا تُدفعُ صدقةُ الفطر إلى ذميٍّ، كما لا تدفعُ إليه الزكاة. وقالوا: يجوز دفعها؛

لقوله تعالى: ﴿لَا يَنْهَاكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُفَاتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوكُمْ مِنْ دِيَارِكُمْ أَنْ تَبَرُّوهُمْ﴾ [الممتحنة، 8/60]، إلا أنَّ الزكاة خصَّت منه؛ لقوله صلى الله عليه وسلم لمعاذٍ: «خذها من أغنيائهم، وضعها في فقرائهم»، فبقي على الإطلاق ما عداها.

(ونوجها) أي: صدقة الفطر (باليوم) أي: يوم الفطر، (لا بالليلة) يعني: قال الشافعيُّ: يتعلَّق وجوبها بليلة الفطر، (حتى لا

تجب عن مولود بعده) أي: بعد طلوع الفجر من يوم الفطر اتفاقًا؛ لأنه لم يكن موجودًا وقت الوجوب، (وميت قبله) أي: قبل طلوع الفجر عندنا؛ لأنه لم يدرك وقت الوجوب، ويجب عنده؛ لأنه كان موجودًا فيه.

¹ د: ونخرج.

² د - أبي سعيد.

³ د: صاع.

⁴ د: البر.

⁵ د: مائة.

⁶ د: فما.

له: إِنَّ الصَّوْمَ لَمَّا انْتَهَى فِي لَيْلَةِ شَوَالٍ، وَحَصَلَ الْفِطْرُ؛ تَجِبُ صَدَقَتُهُ مِنْ ذَلِكَ الْوَقْتِ.
ولنا: إِنَّ إِضَافَةَ الصَّدَقَةِ إِلَى الْفِطْرِ تَدُلُّ¹ عَلَى اخْتِصَاصِهَا بِهِ، وَالْفِطْرُ الْمَضَادُّ لِلصَّوْمِ يَكُونُ فِي يَوْمِ الْفِطْرِ لَا فِي لَيْلَتِهِ.
(ويستحبُّ إخراجها قبل الصلاة)؛ لما روي أنَّه صلى الله عليه وسلم كان يخرج كذا.
(ويجوز تقديمها) أي: تقديم صدقة الفطر على وقت وجوبها (مطلقاً) أي: غير مؤقَّتٍ بوقتٍ معلومٍ ولا مقيَّدٍ بمدَّةٍ؛ لأن سببها هو الرأس، فيكون أداءً بعد وجود السبب، فيجوز كتعجيل الزكاة بلا توقيتٍ، وفيه دفعٌ لمن قال: إنما يجوز تعجيلها في رمضان.
(ولا تسقط² لتأخير)؛ لأنها قرينةٌ معقولةٌ، فلا يختصُّ وجوبها بوقتٍ كالزكاة، وفيه دفعٌ لمن قال: إنها تسقطُ بمضي يوم العيد كالأضحية؛ لأنها إنما تكون قرينةً [62و] في وقتها، والصدقة ليست كذلك.
(كتاب الصوم)

وهو في اللُّغة: الإمساك.

وفي الشريعة: إمساك النفس عن الأكل والشرب والجماع من الصبح إلى المغرب بنيةً من أهله.
فخرج بهذا القيد: الحائض والنفساء والكافر.

(يفترض صوم شهر رمضان على كل مسلم عاقل). احترز به عن المحنون المستغرق جميع الشهر؛ لأنه غير أهل للأداء، فانتفى الوجوب عنه، وأما إذا لم يكن مستغرقاً، ففي الوجوب عليه خلاف سيأتي، (بالغ) وهذه الأوصاف شرط لوجوبه، (أداء) لقوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ﴾ [البقرة، 183/2]، (وقضاء) لقوله تعالى: ﴿فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾ [البقرة، 184/2-185]. (وصوم المنذور) أي: يفترض الصوم المنذور، هذا من باب إضافة الموصوف إلى صفتهم، كمسجد الجامع.
فإن قلت: المنذور واجب؛ لأن وفاءه ثابت بقوله تعالى: ﴿وَأَيُّوفُوا نُدُورَهُمْ﴾ [الحج، 29/22]، وهو غير قطعي الدلالة؛ لأن المنذور الذي لا يكون من جنسه واجب كعبادة المريض مخصوص منه، فإن³ وفاءه غير لازم بالإجماع، فكيف صح عطف الواجب على المفروض؟

قلت: يجعل «يفترض» بمعنى: يجب مجازاً، فيشملهما. أو نقول: المنذور فرض أيضاً؛ لأن لزوم وفاءه ثابت بالإجماع، وهو قطعي، غايته: أن يكون سنده ظنيًّا في الدلالة، وهو لا ينافي فرضيته، فيصح عطفه.
(والكفارة) أي: وصوم الكفارات، ككفارة اليمين، والظهار، والقتل، وجزاء الصيد.
(ويحرم العيدان) أي: صومهما (وأيام التشريق)؛ لورود النهي عن صومهما.
(ويتنفل⁴) أي: يصير الصوم نفلاً (فيما عدا ذلك) أي: في غير رمضان والنذر والكفارة.

(ويمسك الصائم) أي: قاصد الصوم نفسه (من الفجر الصادق إلى الغروب عن الأكل والشرب والجماع مع النية) وهي شرط لصحة الأداء؛ لتمييز بها العبادة عن العادة، وأراد بمعية النية: معية الوجود، لا معية الاستمرار، سيأتي البيان في كيفية وجودها معه، والخلاف فيه.

(ويشترط لوجوب الأداء) أي: أداء صوم رمضان (الصحة والإقامة)، لقوله تعالى: ﴿فَمَنْ كَانَ مِنْكُمْ مَرِيضًا أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾ [البقرة، 184/2]، رخص الشرع لهما ترك صوم رمضان تخفيفاً عليهما. فعلم أن أداءه غير لازم لهما.
وإنما قال: «لوجوب الأداء»؛ لأن نفس الوجوب ثابت في ذمتهما لوجود السبب، وهو شهود شهر رمضان في حقيهما، ولهذا صح أداءهما فيه.

(والطهارة عن الحيض والنفاس) أي: انقطاع دمهما، لا الاغتسال منهما؛ لما قالت عائشة رضي الله عنها: «كنا نحيض، فنؤمر بقضاء الصوم دون الصلاة». (لا الجنابة) بالجر، يعني: لا يشترط⁵ لوجوب أدائه الطهارة عن الجنابة؛ لقوله تعالى: ﴿فَالآنَ

¹ د: يدل.

² ح: يسقط.

³ ح: وإن.

⁴ ح: ينتقل.

⁵ د: تشتط.

بِأَشْرُوهُمْ وَإِنتَعُوا مَا كَتَبَ اللَّهُ لَكُمْ وَكُلُوا¹ وَأَشْرَبُوا حَتَّى يَبَيِّنَ لَكُمْ الْحَيْطُ الْأَبْيَضُ مِنَ الْحَيْطِ الْأَسْوَدِ مِنَ الْفَجْرِ ﴿البقرة، 187/2﴾، فإذا صار الفجر الثاني غاية للمفطرات الثلاث يحصل جزءٌ من الصوم مع الجنابة بالضرورة، فإذا صح جزءٌ منه معها صحَّ سائر أجزائه²؛ لأن الصوم لا يتجزأ صحة وفساداً.

(وفرضنا النية على الصحيح المقيم)، فلا يتأدى صوم رمضان عندنا بلا نية. وقال زفر: يتأدى.

فيد بـ«الصحيح المقيم»؛ لأن المريض أو المسافر لا بد له من النية اتفاقاً؛ لأن الوقت غير متعين للصوم في حقهما، لكن عند زفر: لا بد لهما من النية بالليل، وعندنا: هما كالصحيح، كذا في «النظم».

له: إنَّ النية إنما احتيج إليها للتعين، وهذا الشهر متعين لهذا الصوم، حتى لو نوى فيه النفل يقع من الفرض، فلم يبق احتياج إلى التعيين ثانياً.

ولنا: إنَّ تعيين الوقت باعتبار أن غير هذا الصوم غير مشروع فيه، لا أن ما وقع فيه من الإمساك أعم من أن يكون للاحتماء أو لعدم الاشتفاء يقع³ أداء جزئاً، كيف والواجب عليه عبادة، ولا عبادة إلا بالنية والاختيار؟ **(وعددوها)** يعني: يشترط لكل يوم نية على حدة عندنا. وقال مالك: يكفي في⁴ صوم رمضان نية واحدة في أوله. وفي «المحيط»: النية أن يعرف بقلبه أنه يصوم.

له: إنَّ صوم الشهر عبادةً واحدةً، فيكفيها نية واحدة، كمن اعتكف شهراً يصح بنية واحدة.

ولنا: إنَّ صوم كل يوم عبادة على حدة؛ لأنه يتخلل بين كل يومين ليلٌ، وهو لا يصلح للصوم، بخلاف اعتكاف شهر؛ لأنه عبادة واحدة؛ لكون جميع أوقاته صالحاً له.

(ولم نشترط تعيينها) أي: تعيين النية عن فرض الوقت. وقال الشافعي: إنه شرط؛ لأن هذا الصوم فرض لا يتأدى إلا بالنية، فلا يتأدى إلا بتعيين وصفها كالقضاء، وألا يكون مجبوراً في صفة العبادة.

ولنا: إنَّ النية لا بد منها لتمييز العبادة عن العادة، وأما صفة الفرضية؛ فمتعيّنة له؛ لأنه⁵ لم يشرع⁶ فيه وصف آخر، والمعين لا يحتاج إلى التعيين، فيصاب بمطلق النية، وبالخطأ في وصفها، **[62ظ]** كالمتموحد في الدار يصاب باسم جنسه، ومع الخطأ في وصفه.

(ولا نبيتها⁷) أي: لم نشترط أن تكون نية رمضان من الليل. وقال الشافعي: إنه شرط؛ لأن الجزء الأول من الصوم إذا خلا عن النية فسد، ففسد الباقي لعدم التجزؤ في الفرض، وأما النفل؛ فمخرجٌ عن هذا الحكم؛ لأن مناه على التخفيف.

ولنا: إنَّ اقتران النية بجميع أجزاء اليوم ساقطٌ بالإجماع لعدم إمكانه، وإذا جاز بهذه⁸ العلة تقديم النية على الصوم مع انفصالها عنه حقيقة، واتصالها به تقديراً؛ فجاوز تأخيرها مع اتصالها بالصوم حقيقة يكون أولى، واتصالها بأكثر اليوم⁹ أقيم مقام اتصالها بكله.

(فيتأدى رمضان والنذر المعين بمطلقها) أي: بمطلق النية (وبنية النفل) عندنا، ولا يتأدى عنده. هذا تفرع لقوله: «ولم

يشترط تعيينها».

(وقبل الزوال) أي: ويتأدى بنية¹⁰ قبل الزوال، هذا تفرع لقوله: «ولا نبيتها¹¹».

¹ د: فكلوا.

² د: أجزائها.

³ ح: وقع.

⁴ د - في.

⁵ د - لأنه.

⁶ د: نضرع.

⁷ د: تبيتها.

⁸ د: لهذه.

⁹ د: الصوم.

¹⁰ ح + النفل.

¹¹ د: تبيتها.

(ورمضان بنية واجب آخر لا المعين) بالرفع عطف على رمضان، يعني: لو نوى في رمضان واجبًا آخر، كالقضاء والكفارة؛ وقع عن رمضان، وفي النذر المعين وقع عما نواه. والفرق: أن تعيين رمضان قوي¹ لحصوله بتعيين الشارع، فأبطل كل ما عداه، وأن تعيين النذر المعين ضعيف لحصوله من الناذر²، فأبطل صلاحية³ اليوم المنذور لما له، وهو النفل، لا لما عليه، وهو القضاء ونحوه. **(ويجب التبييت في القضاء والكفارة والنذر المطلق)؛** إذ ليس لها وقت معين، فلا بد من التعيين ابتداءً صرفًا لذلك اليوم عن صلاحية النفل.

(وأجازوا النفل بنية قبل الزوال) وقال مالك: لا يجوز إلا بنية من الليل. وتقرير⁴ الدليل من الطرفين مفهوم مما سبق في تقرير⁵ قوله: «ولا تبييتها».

اعلم أنّ المصنف اتبع القدوري في قوله: «قبل الزوال»، والمذكور في «الجامع الصغير»: قبل نصف النهار، وهذا أصح من عبارة **القدوري**؛ لأن وقت أداء الصوم من حين طلوع الفجر الثاني⁶ إلى غروب الشمس، ونصفه وقت الضحوة الكبرى، فيشترط النية قبلها؛ ليتحقق النية في أكثر النهار، وأما الزوال؛ فنصف النهار، وهو ما بين طلوع الشمس إلى غروبها، فلو نوى قبيل الزوال لا يجوز؛ لأنه خلا أكثر اليوم عن النية، والمراد بالنهار⁷ المذكور في «الجامع الصغير»: اليوم.

(ولا نجيزه بها بعده) أي: لا يجوز الصوم النفل بنية بعد الزوال عندنا. ويجوز عند الشافعي؛ لأن النفل متجزئ عنده، ويجوز أن يحدث نشاط النفل بعد الزوال، إلا أن من شرطه أن يتقدم الإمساك من أول النهار، فيجعل صائمًا من حين نوى، فيثاب عليه بقدره. كذا في «الحقائق».

ولنا: إن اقترانها بكل الصوم حكمًا إنما يثبت إذا اقترنت بأكثره.

(ويُفَضَّلُ الصَّوْمُ لِلْمَسَافِرِ) أوردته بصيغة المجهول مع أن في المسألة خلافًا للشافعي، نص عليه في «المنظومة»؛ لأن الأصح من مذهبه أن يوافقنا. وإنما فضل الصوم للمسافر؛ لأن الصوم عزيمة له، والتأخير رخصة، والأخذ بالعزيمة أفضل. وأما ما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «ليس من البر الصيام في السفر»؛ فمحمول على ما إذا كان يضعفه الصوم حتى يخاف عليه الهلاك. **(ونيته⁸)** أي: نية المسافر في رمضان **(عن واجب آخر معتبر⁹)** عند أبي حنيفة، فيقع عما نواه. وقال: يقع عن الفرض؛ لأن رخصته كانت لدفع المشقة عنه، فإذا تحملها التحق بالمقيم لوجود السبب في حقه، وهو شهود الشهر.

وله: إنَّ الترخُّص إذا جاز لرعاية بدنه؛ فأولى أن يجوز لرعاية دينه، وهو أن يقضي ما كان لازمًا عليه في تلك الحال، وصوم رمضان لم يكن واجبًا عليه، بل إنما يجب إذا أدرك عدة⁹ من أيام آخر، ولهذا لو مات قبل إدراك العدة؛ فلا إثم عليه، بخلاف القضاء. **(وفي النفل عنه روايتان)** يعني: في رواية عن أبي حنيفة: إن المسافر لو نوى النفل يقع عنه؛ لأن هذا اليوم في حقه كشعبان في حق المقيم في كونه مخيرًا بين أن يصوم أو يفطر. وفي رواية أخرى: لا يقع عن النفل؛ لأن¹⁰ الأهم له إسقاط الفرض عن ذمته، والثواب فيه أكثر، فيقع عن الفرض رعاية لمصلحة دينه.

(والمريض في النية كالصحيح) عند أبي حنيفة في أن صومه يقع عن الفرض وإن نوى نفلًا أو واجبًا؛ لأن رخصته إنما يثبت لعجزه عن الصوم، فإذا صام تبين أنه غير عاجز، فالتحق بالصحيح **(في الأصح)**. احترز به عما روى الكرخي: أن المريض كالمسافر في الحكم عند أبي حنيفة؛ لأنه سهو منه، أو مؤول بأن يراد به: مريض يطبق الصوم، ويخاف زيادة المرض، فيكون المرخص باقيًا في حقه، فيصير كالمسافر.

1 ح: أقوى.

2 ح: النادر.

3 ح: بصلاحية.

4 د: تقدير.

5 د: تقدير.

6 د - الثاني.

7 د: من النهار.

8 ح: ونيته.

9 د: بعده.

10 ح: إلا.

(ولو صام مقيم عن غير رمضان لجهله به) أي: بـرمضان.
 قيد بـ«الجهل»؛ [63و] لأن العالم به لا يصوم عن غيره غالبًا.
 (جعلوه عنه) أي: جعلوا صومه عن رمضان (لا عما نوى) يعني: عند مالك: يجعل¹ عما نوى.
 له: قوله صلى الله عليه وسلم: «لكل امرئ ما نوى».
 ولنا: قوله صلى الله عليه وسلم: «إذا جاء رمضان؛ فلا صوم إلا عن رمضان».
 (ويكمل شعبان إن غم الهلال) أي: هلال رمضان في التاسع والعشرين من شعبان؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «فإن غم عليكم الهلال؛ فأكملوا عدة شعبان ثلاثين يومًا».
 (ويجب على المنفرد برؤيته إذا ردَّتْ شهادته) يعني: من رأى هلال رمضان وحده، فشهد، ولم تقبل² شهادته؛ يجب عليه الصوم لانتعاد سبب الوجوب في حقه.
 (ولا نوجب عليه الكفارة إذا أفسده بالوقاع) يعني: إذا صام من ردت شهادته على رؤية هلال، فأفطر بالجماع؛ فلا كفارة عليه عندنا، خلافًا للشافعي. وكذا إذا أفسده قبل أن ترد شهادته في الصحيح.
 قيد بـ«الوقاع» تحقيقًا لخلافه؛ لأن الكفارة لا تجب عنده بغير الوقاع.
 له: إن رمضان متيقن في حقه، وشك غيره لا يبطل تيقنه.
 ولنا: إن ما رآه يحتمل أن يكون خيالًا لا هلالًا، فلا يكون متيقنًا في حقه، مع أن رد القاضي شهادته حكم منه أنه ليس في رمضان، وهذه الشبهة مانعة عن وجوب الكفارة.
 (ولا يفطر) المنفرد برؤية الهلال إذا صام ثلاثين يومًا، (إلا مع الناس، وإن انفرد في هلال الفطر لم يفطر) لقوله صلى الله عليه وسلم: «الصوم يوم يصومون، والفطر يوم يفطرون»، والناس لم يفطروا في ذلك اليوم، فوجب ألا يفطر المنفرد برؤيته. قال أبو الليث: لكن لا ينوي الصوم؛ لأنه يوم عيد عنده. كذا في «التبيين».
 (وأثبتوا رمضان بعدلٍ إن اعتلَّ المطلع) يعني: إذا كان بالسماء علة³ كغبار أو غيم يقبل شهادة الواحد البالغ العاقل في هلال رمضان حرًا كان أو عبدًا، ذكرًا كان أو أنثى عندنا. ولا يقبل عند مالك.
 وإنما قال: «بعدلٍ»؛ لأنه لا يثبت بقول فاسق اتفاقًا.
 وفي «الخانية»: تقبل شهادة الواحد على شهادة الواحد، وشهادة المحدود في قذف بعد التوبة في ظاهر الرواية.
 له: إن هذا نوع شهادة، فيشترط فيها العدد كسائر أنواعها.
 ولنا: ما روي: أنه صلى الله عليه وسلم قبل شهادة الأعرابي وحده على رؤية هلال رمضان، ولأن هذا خير في الدبابة، فيقبل⁴ فيه قول الواحد، ولهذا لم يشترط فيه لفظة⁵ الشهادة. ثم إذا صاموا ثلاثين يومًا بشهادته ولم يروا هلال شوال لم يفطروا في قول أبي حنيفة وأبي يوسف.
 (ويثبت في الفطر والأضحى) أي: يثبت الهلال في عيديهما (بعدلين). يعني⁶: إذا كان في السماء علة؛ لأنه تعلق بالعيدين نفع العباد من الفطر، وتوسعة لحوم الأضاحي، فاشتراط العدد والعدالة ولفظ الشهادة. (وإلا فيجمع) يعني: إذا لم يكن في المطلع علة لم يثبت الهلال إلا بشهادة جماعة (يوجب إخبارهم العلم)؛ لأن التفرد بالرؤية في هذه الحالة يوجب تهمة الغلط، بخلاف ما إذا اعتلَّ المطلع؛ لأنه يجوز أن ينفرد⁷ البعض بحدته نظره، أو بأن ينشق الغيم، فيتفق له النظر.

¹ ح + مالك.

² د: يقبل.

³ ح: عليه.

⁴ د: فنقبل.

⁵ د: لفظ.

⁶ د - يعني.

⁷ د: يتفرد.

قالوا: حد الكثرة: أن يكون أهل محلة. وعن¹ أبي يوسف: خمسون رجلاً؛ اعتبارًا بالقسامة. والأولى أن يفوض ذلك إلى رأي الإمام.

لعل المراد من العلم هنا: غالب الرأي، لا العلم القطعي.
(والاكتفاء باثنين²) وقت انكشاف المطمع (رواية) عن أبي حنيفة؛ اعتبارًا بسائر الحقوق. وذكر الطحاوي: بسمع شهادة الواحد إذا كان من خارج المصر لقلة الموانع فيه، وكذا إذا كان على مكان مرتفع في المصر.
(ويجعله إذا رؤي قبل الزوال للماضية في الصوم والفطر) يعني: إذا رأوا الهلال قبل الزوال، قال أبو يوسف: هو لليلة الماضية، حتى لو كان هلال فطر أظفروا، وإن كان هلال رمضان صاموا.
(وهما للمستقبلية) يعني: قالوا: الهلال في النهار لليلة المستقبلية، رأوه قبل الزوال أو بعده.
قيد بقوله: «قبل الزوال»؛ لأنه لو رأوه بعده يجعل لليلة المستقبلية اتفاقاً.
له: إنَّ الشيء يأخذ حكم ما قرب منه، فالهلال إذا رأوه قبل الزوال يكون قريباً لليلة الماضية، وإذا رأوه بعده يكون قريباً لليلة المستقبلية.

ولهما: إنَّ الهلال المرئي في النهار مشكوك في أنه من الماضية أو المستقبلية، فلا يعتبر به، فيحسب ذلك اليوم من آخر الشهر الماضي.

وعن أبي حنيفة: إن رأوه أمام الشمس؛ فهو لليلة الماضية، وإن رأوه خلفها؛ فهو لليلة المستقبلية.
(وإذا ثبت) رؤية الهلال (في مصر لزوم سائر الناس) احتياطاً، حتى إذا صام أهل بلدة ثلاثين يوماً، وأهل بلدة أخرى تسعة وعشرين يوماً³ لعدم رؤيتهم الهلال، [63ظ] فرأوا هلال شوال؛ يجب عليهم قضاء يوم. هذا إذا كان بينهما تقارب في المطمع.
(وقيل: يختلف باختلاف المطالع) فلا يلزمهم، هذا هو الأشبه؛ لأن الأقطار مختلفة، فالشمس إذا تحركت درجة يحتمل أن يكون طلوع الفجر لقوم وطلوع الشمس لقوم وغروبها⁴ لقوم، وأهل كل بلدة مخاطب بما عنده لما روي عن كريب: أن أهل الشام رأوا هلال رمضان ليلة الجمعة، وأهل المدينة رأوه ليلة السبت، فقيل لابن عباس: ألا نكتفي برؤية أهل الشام؟ قال: لا، هكذا أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم.
(ولا يصام يوم الشك) وهو اليوم الآخر من شعبان المحتمل أن يكون أول رمضان (إلا تطوعاً)؛ لأنه صلى الله عليه وسلم قال هكذا.

ثم إن وافق يوم الشك يوماً كان معتاداً بصومه؛ فالصوم أفضل، وإلا؛ فالفطر أفضل احترازاً عن ظاهر النهي. وقيل: إن كان بالسماء غيم يصوم، وإلا فلا. والمختار: أن يأمر المفتي العامة بالانتظار إلى أن يذهب وقت النية، ثم يأمرهم بالإفطار حذراً عن تشبه بالروافض⁵؛ لأن صوم يوم الشك واجب عندهم، أو دفعاً لوهم العامة من أن النفل إذا جاز فيه جاز الفرض، ويصوم المفتي خاصّة؛ لأنه هو العارف كيفية النية، بحيث لا تدخل⁶ فيها الكراهة بأن ينوي التطوع، ولا يخطر بباله صوم رمضان ولا واجب آخر؛ لأنهما منهيان فيه، ولا يردد أيضاً بين وصفي النية، بأن ينوي فيه الفرض إن كان من رمضان وواجباً آخر، والتطوع إن كان من شعبان، وهذا مكروه أيضاً؛ لأنه ناهٍ للفرض من وجه. ولا يردد أيضاً في أصل النية بأن يصوم إن كان من رمضان، ولا يصوم إن كان من شعبان.

(فصل) فيما يجب القضاء وما لا يجب، وفيما يكره للصائم فعله

(يجب القضاء على من جامع فيما دون الفرج) كمن عالج ذكره بيده، أو بما بين الفخذين، أو بالسرة.
قيد بـ«القضاء» احترازاً عن الكفارة؛ لأنها إنما تجب في الجنابة الكاملة، وهذه الجنابة ناقصة؛ لكون المحل غير مشتتهٍ.

¹ د: وعند.

² د: بالاثنتين.

³ د - يوماً.

⁴ ح: وغروباً.

⁵ د: الروافض.

⁶ د: يدخل.

وقيد بـ«ما دون الفرج»؛ لأنه لو جامع الفرج قبلاً كان أو دبرًا يجب القضاء والكفارة جميعًا، أنزل أو لم ينزل؛ لأن الجنائية تكاملت بقضاء الشهوة في محل مشتتهى، وهو يحصل بلا إنزال. وعن أبي حنيفة: إنه لا كفارة في الدبر وإتيان الصغيرة الغير المشتتهة؛ لأنه بمنزلة الجماع فيما دون الفرج.

(أو أتى بهيمة)، أو امرأة ميتة، (فأنزل). هذا قيد لقوله¹: «جامع» ولقوله: «أتى»، إنما قيدهما؛ لأنه لو لم ينزل فيهما لا يفسد صومه، ولا ينتقض أيضًا وضوءه.

(أو قبل أو لمس) إنسانًا بشهوة، (فأنزل).

(ويكره) للصائم (القبلة إذا لم يأمن على نفسه) من الجماع، أو الإنزال. قيّد به؛ لأنه لو أمن منهما لا يكره.

(ولا يجب باحتلام) لقوله صلى الله عليه وسلم: «ثلاث لا يفتن الصيام: القيء والحجامة والاحتلام». (واكتحال)؛ لما روي: «أنه صلى الله عليه وسلم اكتحل وهو صائم». ولا فرق بين أن يجد طعم الكحل في حلقه أو لم يجد، وكذا لو بزق فوجد لونه فيه في الأصح.

(وادهان)؛ لأن ما دخل من الدهن في المسام لا ينافي الصوم، كما أن الصائم المغتسل يجد برد الماء في كبده.

(وذرع قيء) يعني: لا يجب القضاء بغلبة القيء عليه، وخروجه من فمه قلّ أو كثر (لا تعمده) بالجرّ، عطف على «ذرع»، ونفي النفي إثبات، يعني: يجب القضاء بتعمد القيء؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «من ذرعه القيء؛ فلا قضاء عليه، ومن استقاء عمدًا؛ فعليه القضاء».

(ويعتبر) أبو يوسف في إفساد القيء الصوم (امتلاء الفم في التعمد) أي: في صورة الاستقاء، (وفي عوده) أي: يعتبر الامتلاء أيضًا في عود القيء إلى الداخل سواء أعاده أو لم يعده (لوجوبه) أي: لوجوب القضاء، وهو متعلق بقوله: «يعتبر». (لا التعمد مطلقًا) يعني: اعتبر محمد قصد الصائم وفعله في ابتداء القيء وفي عوده، سواء كان ملء الفم أو لم يكن.

لأبي يوسف: إنه إذا كان ملء الفم يعد خارجًا لانتقاض الطهارة به، فيفسد الصوم، وإذا عاد حال كونه ملء الفم يعد داخلًا لسبق اتصافه بالخروج حكمًا، ولا كذلك إذا لم يملأه، فلا يفسده.

ولمحمد: قوله صلى الله عليه وسلم: «من استقاء عمدًا؛ فعليه القضاء» من غير فصل بين القليل والكثير، وإذا أعاده يوجد منه الصنع في الإدخال إلى الجوف، فيفسده به صومه وإن قل القيء.

اعلم أنّ خلاصة المفهوم مما سبق: أن في صورة الاستقاء يفسد الصوم عند أبي يوسف إذا كان ملء الفم، سواء عاد القيء بعده أو لم يعد، أو أعاده لاتصافه بالخروج. وعند محمد: يفسد على كل الأحوال؛ لوجود التعمد فيه. وأما إذا غلبه القيء، فإن كان ملء الفم يفسد عند أبي يوسف، سواء عاد أو لم يعد² أو أعاده لما مر. وعند محمد: لا يفسد إذا عاد [64] أو لم يعد لانعدام الصنع منه، وفسد إذا أعاد وإن لم يكن ملء الفم لا يفسد إذا عاد أو لم يعد بالاتفاق، وفسد عند محمد إذا أعاده.

(ولم يوجبه) أي: القضاء (بالإنزال من إدامة نظر أو فكر). وقال مالك: يجب به القضاء؛ لأنه أنزل بشهوة النظر، فصار كالإنزال باللمس.

ولنا: إن المفسد قضاء الشهوة بفعل في المحل كاللمس³، والنظر ليس بفعل في المحل، فصار كالاتحلام. وأما إذا عالج ذكره حتى أمني؛ يجب عليه القضاء⁴.

(ولا بالأكل والشرب والجماع ناسيًا) يعني: إذا فعل الصائم هذه الأشياء ناسيًا لا يجب عليه⁵ القضاء عندنا. وقال مالك: يجب؛ لأن الشيء لا يبقى مع منافيه، وهذه الأشياء تنافي الصوم، فلا يجامعه، ككلام الناسي في الصلاة.

¹ د: بقوله.

² ح - أو لم يعد.

³ ح: كاللمس.

⁴ د - القضاء.

⁵ د - عليه.

ولنا: قوله صلى الله عليه وسلم: «من أفطر في رمضان ناسيًا؛ فلا قضاء عليه ولا كفارة»، فإذا ثبت هذا الحكم في الأكل والشرب ثبت في الجماع بتسوية النص بينها في وجوب الإمساك عنها، بخلاف الصلاة؛ لأن فيها هيئة مذكرة، ولا اعتبار للقياس في مورد النص.

(ولو ظن فطره به) يعني: لو ظن من أفطر ناسيًا أن صومه فسد به (فأفطر متعمدًا، أو أفطر على ظن فاسد في الطلوع) أي: في عدمه (والغروب) أي: في وجوده، يعني: إذا أكل على ظن أن الصبح لم يطلع وقد كان طالغًا، أو أفطر على ظن أن الشمس قد¹ غربت وقد كانت لم تغرب (قضى). وهو جواب «لو». وكذا لو شك في الطلوع فأفطر وقد كان طالغًا. وإنما لم تجب الكفارة لقصور الجنابة في هذه المسائل؛ لعدم القصد إلى الإفطار. قيّد بقوله: «به» أي: بأكله ناسيًا؛ لأنه لو ظن فطره بالاحتجام ونحوه، فأفطر؛ فعليه الكفارة مطلقًا؛ لأنه شيء لا يكون مفطرًا بحال.

وقال أبو يوسف: إذا سمع في الفطر حديثًا نبويًا ولم يعرف تأويله لا كفارة عليه، وأما إذا تعمد الجاهل بعد إفتاء المفتي بالفطر له؛ فلا كفارة عليه اتفاقًا.

وإنما² قدرنا في الطلوع العدم؛ لأنه لو ظن في وجود الطلوع، فأفطر، فظهر أنه لم يوجد؛ لا قضاء عليه. وعن أبي حنيفة: يلزمه القضاء؛ لأن غالب الرأي دليل يجب العمل به. وقدرنا في الغروب الوجود؛ لأنه لو ظن في عدم الغروب، أو شك فيه، فأفطر، ولم يتبين الحال؛ فعليه الكفارة؛ لأن النهار كان ثابتًا، فلم يعرف زواله، وإن تبين أنها غربت؛ فلا قضاء. وفي «الخانية»: إن شهد اثنان على غروب الشمس، وآخران على عدمه، فأفطر، ثم ظهر أنها لم تغب؛ فعليه القضاء. وإن شهد اثنان على طلوع الفجر، وآخران على عدمه، فأفطر، ثم ظهر أنه طالع؛ فعليه الكفارة؛ لأن الشهادة على الإثبات مقبولة، فلا يعارضها الشهادة على النفي.

(وأوجباه) أي: القضاء (على الموطوءة نائمة، وعلى من صب في فيه ماء نائمًا). وقال زفر: لا يجب عليهما القضاء³؛ لأن صومهما باق؛ لانعدام القصد منهما، فكانا كالناسي.

ولنا: إن مفسد الصوم وجد، فوجب أن يفسد، وحكم الناسي ثبت على خلاف القياس، فلا يقاس عليه غيره. (ونطرده لدخوله) أي: نجعل إيجاب القضاء مطردًا فيما إذا دخل الماء في حلق الصائم (من مضمضة وإن لم يبالغ). وقال الشافعي: لا يجب إذا لم يبالغ، ويجب إذا بالغ.

له: قوله صلى الله عليه وسلم: «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان».

ولنا: إن المفطر وصل إلى جوفه بسبب فعل عمد، فيفسد صومه، وأما الحديث؛ فالمراد منه: رفع الإثم.

وفي «النهاية»: هذا إذا كان ذاكرًا لصومه، وإن لم يذكره لا يفسد.

وفي «الحقائق»: كذا الخلاف في الاستنشاق إذا وصل إلى جوف الرأس.

لعل تخصيص المضمضة بالذكر؛ لأنه يغلب وقوعه، وفي الاستنشاق يندر؛ لأن طبع الماء التسفل لا التعلي.

(ولو قطر في أذنه دهنًا) يقال: قطر الماء وقطرته بتعدى ولا يتعدى. (أو احتقن) بفتح التاء، أي: وضع الحقنة في الدبر،

(أو استعط) بفتح التاء، أي: صب السعوط. وهو الدواء. في الأنف، ولا يقال بضم التاء. (أو دخل حلقه مطر أو تلج أفطر). أما إذا قطر أو استعط؛ فلوصول الدهن أو الدواء إلى الدماغ لإصلاح البدن، والدماغ كالجوف؛ لأن قوام البدن بهما.

قيّد ب«الدهن»؛ لأنه لو قطر في أذنه ماء لا يفطر؛ لأن الماء لا يصلح الدماغ، بل يفسده. كذا في «الهداية».

وذكر في «الخانية»: إن صب الماء في أذنه؛ فالصحيح أنه يفسد؛ لأنه وصل إلى الجوف بفعله، فلا يعتبر فيه صلاح البدن،

كما لو أدخل خشبة في دبره وغيرها، ولو استنشق ووصل الماء إلى دماغه أفطر.

وفي «جوامع الفقه»: لو أدخلت الصائمة إصبعها في فرجها أو دبرها لا يفسد على المختار، إلا أن تكون مبلولة بماء أو

دهن، وكذا لا يجب الغسل في الأصح. [64ظ]

¹ د - قد.

² د - إنما.

³ د - القضاء.

(لا ذباب، أو غبار، أو دخان، أو طعم الأدوية) يعني: لا يفطر في هذه الأشياء لعدم إمكان التحرز عن ذلك.

(ولو قطر في إحليله) وهو مخرج البول ومخرج اللبن من الثدي ماءً أو دهنًا (يحكم) أبو يوسف (بفطره)؛ لأنه وصل إلى الجوف من منفذ، فأشبهه الحقنة. (ووافقه في رواية) أي: وافق محمد أبو يوسف في رواية. وفي رواية وافق أبا حنيفة في أنه لا يفطر. ولمحمد: إنّه لا منفذ بين المثانة والجوف، وإنما يجتمع البول فيها بالترشح.

هذا الاختلاف فيما إذا وصل إلى¹ المثانة، وأما إذا لم يصل بأن كان في قسبة الذكر بعد لا يفطر اتفاقًا. وكذا الخلاف فيما إذا قطرت في قبلها. وقال الإمام الإسيبجاني: الصحيح أنه يفطر اتفاقًا.

(ووصول دواء) أراد به: الرطب؛ لأن الدواء اليابس ينشف رطوبة الجراحة، فيضيق لذلك منفذها، فلا يصل. كذا في «الكافي». وأكثر مشايخنا على أن العبرة للوصول، حتى إذا علم أن اليابس وصل إلى جوفه فسد صومه. كذا في «التقريب» للقدوري.

(من آفة) بالمد والتشديد، وهي جراحة واصله إلى الدماغ، (أو جافة) وهي جراحة واصله إلى الجوف (إلى الدماغ أو الجوف مفطر) عند أبي حنيفة، وهو بتشديد الطاء خبر لقوله: «ووصول». وقالوا: لا يفطر؛ لأن وصول الدواء غير متيقن؛ لأن مجرى الجراحة يفتح تارة وينضم أخرى، فلا يفسد الصوم بالشك.

وله: قوله صلى الله عليه وسلم: «الفطر مما يدخل»، وقد دخل جوفه ما يصلح بدنه، فيفسد صومه، ووصله متيقن؛ لأن رطوبة الدواء تلاقي رطوبة الجراحة، فيزداد طبعه ميلاً إلى الأسفل، فيصل إلى الجوف.

(ويحكم به) أي: أبو يوسف بوجوب القضاء (إذا نزع) آله من كان مجامعاً جاريته (لطلوع الفجر. وخالفه) محمد؛ لأنه أمر خفي لا يمكن الاحتراز عنه إلا بالانتزاع، فلا يفسد به، كانتزاع الناسي إذا تذكره.

ولأبي يوسف: إن النزع جزء من الوطء وآخره، وقد وجد بعد طلوع الفجر، فيفسد صومه، وأول جزء من جماع الناسي كان غير مفسد بالحديث، فاعتبر آخره بأوله.

(وعكسناه² في نزعه لتذكره) يعني: إذا جامع ناسياً، فنزع ذكره لتذكره صومه؛ لا يفطر عندنا. وقال زفر: يفطر؛ لأن النزع جزء قليل من الوطء وجد حالة التذكر، فيفسد.

ولنا: إنّه لم يوجد منه إلا الامتناع عن الوطء، وهو ركن الصوم، فكيف يفسده³؟

(وابتلاعه) أي: عكسنا في ابتلاعه (اليسير من بين أسنانه) يعني: إذا ابتلع قدرًا يسيرًا من الطعام من بين أسنانه ذاكراً لصومه لا يفسد عندنا. وقال زفر: يفسد⁴.

قيّد بـ«اليسير»؛ لأنه لو كان كثيرًا يفسد اتفاقًا، وهو مقدار الحمصة في رواية عن أبي حنيفة. وقيل: ما يتلع بغير ريق. وقيّد بقوله: «من بين أسنانه»؛ لأنه لو أدخله من خارج فابتلعه، فإن كان بغير مضغ يفطر قلّ أو كثر، وإن كان يمضغ، فإن كان مقدار الحمصة يفطر أيضًا اتفاقًا، وإن كان أقل لا يفطر اتفاقًا؛ لأنه يلتزق بأسنانه، ولا يصل إلى الجوف⁵ شيء.

له: إطلاق قوله صلى الله عليه وسلم: «الفطر مما دخل»، والفم له حكم الظاهر، ولهذا لا يفسد المضمضة الصوم.

ولنا: إنَّ القليل لا يمكن الاحتراز عنه عادة، فصار بمنزلة ريقه، والكثير ممكن الاحتراز عنه؛ لأنه لا يبقى بين الأسنان غالبًا. ولو ابتلع قدر الكثير؛ فلا كفارة عليه عند أبي يوسف؛ لأنه يعافه الطبع، وعليه الكفارة عند زفر؛ لأنه طعام متغير⁶.

ولو كان الخارج من بين أسنانه دماً غالبًا على ريقه أو مساويًا⁷ له؛ يفطره إن ابتلعه، فيجب عليه القضاء دون الكفارة.

(ويوجب قضاء اليوم المنذور صومه لقدم فلان، وقد قدم بعد أكله. وخالفه) يعني: من قال: لله عليّ أن أصوم يوم يقدم فلان، فقدم قبل الزوال بعد أكل الناذر، أو بعد الزوال ولم يأكل، قال أبو يوسف: يجب عليه قضاء ذلك اليوم. وقال محمد: لا يجب؛ لأن المعلق بالشرط كالمملوظ عند وجود الشرط، فصار كما لو قال بعد الأكل أو بعد الزوال: لله عليّ أن أصوم هذا اليوم.

¹ ح - إلى.

² د: وعكسنا.

³ د: نفسه.

⁴ د: نفسد.

⁵ د: جوفه.

⁶ د: فتغير.

⁷ ح: ومساويًا.

ولأبي يوسف: إنه واجب¹ عليه يوم القُدوم، وما تعرض بوصف ينافي أداءه، فصح في ذمته، وإذا اعترض عليه ما ينافي الأداء يلزمه قضاؤه، كما لو نذرت امرأة أن تصوم شهرًا يلزمها قضاء أيام حيضها.

(ونلزم بالشروع بالنفل) يعني: من شرع في² صوم نفل يلزمه إتمامه عندنا. وقال الشافعي: لا يلزمه³؛ لما روي أنه صلى الله عليه وسلم قال لأم هانئ حين كانت صائمة، فأفطرت: «إن كنت قاضية فاقضي يومًا مكانه، وإن كان صومك تطوعًا، فإن شئت فاقضي، وإن شئت فلا».

ولنا: قوله تعالى: ﴿وَلَا تُبْطِلُوا أَعْمَالَكُمْ﴾ [محمد، 33/47].

ثم الإفطار في التطوع [65و] غير مباح عندنا بلا عذر في إحدى الروايتين، والضيافة عذر إن تأذى صاحبها بعدم أكله. وقيل: إذا وثق على نفسه القضاء يفطر، وإن لم يثق لا يفطر.

(ولو شرعت متطوعة، ثم أفطرت، ثم حاضت أو جينا القضاء). وقال زفر: لا يجب عليها قضاء ذلك اليوم؛ لأنه بالحیض تبين أنه ليس محلاً للصوم، والمفسد في آخره وأوله سواء.

ولنا: إنَّ شروعهما للصوم كان صحيحًا، فلزم، فاعتراض⁴ المنافي إنما ينافي أداء⁵ الصوم لا بقاءه دينًا في ذمتها⁶، فصارت كما لو نذرت صوم الغد، فأفطرت، ثم حاضت فيه؛ لا يسقط عنها القضاء.

(ويحكم به) أي: أبو يوسف بوجوب القضاء (بشروعه⁷ متنفلاً بيوم العيد) إذا أفسده؛ لأن الشروع ملزم كالنذر. ولو نذر يلزمه القضاء بالإفساد، فكذا هذا. وقالوا: لا يجب؛ لأن الشروع غير ملزم لذاته، بل ليكون عمله مصونًا عن البطلان، وصوم العيد حرام للنهي عنه، فلم يجب إتمامه بالشروع، فلا يجب قضاؤه بالإفساد. قيد بقوله: «متنفلاً»؛ لأنه لو شرعه نادرًا يجب قضاؤه اتفاقًا.

(ونصح نذره، ونوجب قضاؤه) يعني: إذا نذر صوم يوم العيد صح نذره، ووجب قضاؤه بالإفساد عندنا. وقال الشافعي: لا يصح؛ لأن النذر بغير المشروع باطل.

ولنا: إن صوم العيد مشروع بأصله، وممنوع عنه من حيث إن فيه معنى الإعراض عن ضيافة الله، فيصح نذره نظرًا إلى أصل الصوم، ولو صامه صح عن نذره؛ لأنه أداء كما التزمه، ولكن يمنع عن⁸ أدائه نظرًا إلى معنى النهي، فيصار إلى خلفه. وعن أبي حنيفة: إن نذره إنما يصح إذا لم يصرح بيوم العيد، بل قال: غدًا، وكان الغد يوم العيد⁹، ولو صرحه لا يصح؛ لأنه قارن به ما هو منهي عنه، كما لو قالت: لله علي صوم يوم حيضي لم يصرح نذرها، ولو قالت: صوم غد، وصار الغد يوم حيضها؛ يصح نذرها.

(ولو قال: لله علي صوم كذا ينوي النذر واليمين، يجعله) أبو يوسف (للأول) أي: للنذر، حتى لو لم يصمه¹⁰ يجب قضاؤه دون كفارة اليمين. (وهما لهما) يعني: صاحبه يجعلانه للنذر واليمين معًا.

قيد بقوله: «ينوي النذر واليمين»؛ لأنه لو لم ينو أحدهما، أو نوى النذر لا غير، أو نوى النذر، ونوى ألا يكون يمينًا؛ يكون نذرًا اتفاقًا، أو نوى اليمين، ونوى ألا يكون نذرًا؛ يكون يمينًا اتفاقًا، أو نوى اليمين لا غير؛ يكون يمينًا عند أبي يوسف، ويكون نذرًا ويمينًا¹¹ عندهما.

1 د: أوجب.

2 د - في.

3 د: يلزم.

4 د: واعتراض.

5 د - أداء.

6 د: ذمته.

7 ح: لشروعه.

8 ح - عن.

9 د: للعيد.

10 ح: يصم.

11 ح: أو يمينًا.

له: إن هذه الصيغة حقيقة في النذر، مجاز في اليمين، ولهذا لا يتوقف النذر على النية، ويتوقف اليمين عليها، فالعمل بالحقيقة أحق.

ولهما: إنَّ هذا الكلام نذر بصيغته، ويمين بموجبه؛ لأن حكمه تحريم ترك المنذور، وهو كان مباحًا قبل النذر، وتحريم المباح يمين، فإذا نوى أن يكون التحريم مقصودًا، فقد نوى ما احتمله الكلام، فيعتبر، ويجوز أن يثبت الحكمان بلفظ واحد، كشراء القريب، فإنه تملك بصيغته، وتحرير بموجبه، وكالهبه بشرط العوض، فإنها هبة ابتداء، ويصح انتهاء، وليس بجمع بين الحقيقة والمجاز. وفيه كلام، لكن لا يحتمله المقام.

(ومنع تقديم وفاء النذر قبل حلول وقته) يعني: إذا نذر أن يصوم رجب، أو يعتكف فيه مثلًا معينًا، فصام شهرًا قبله، أو اعتكف، قال محمد: لا يجزئه، وقال: يجزئه.

قيدنا بـ«الصوم والاعتكاف»¹ وهما العبادتان البدنيتان؛ لكي يدخل النذر بالصلاة، ويخرج النذر بالصدقة؛ لأنه لو نذر أن يتصدق في رجب، فتصدق² قبله يجوز اتفاقًا.

له: إن تعيين العبد معتبر، حتى لو نذر يوم العيد وصامه صح، ولو نذر يومًا مطلقًا فصام يوم العيد عنه لا يصح.

ولهما: إن النذر إيجاب الفعل في الذمة من جهة إنه قرية، لا من جهة وقوعه في شهر معين، فيصح التقديم على ما عيَّنه، كما لو نذر أن يتصدق في رجب فتصدق³ قبله يجوز.

(ويكره) للصائم (مضغ علك رطب) أي: ممضوغ؛ لأن من يراه من بعيد يظنه آكلًا، قال علي رضي الله عنه: إياك وما يسبق إلى القلوب إنكاره، وإن كان عندك اعتذاره.

قيد بـ«الرطب»؛ لأن غير الممضوغ يفطر؛ لأنه قد يتفتت، ويصل إلى جوفه. وقيل: الأسود منه يفسد وإن كان ممضوغًا؛ لأنه يذوب بالمضغ.

ويكره للرجل الغير الصائم أيضًا إذا لم يكن من علة كالبحر لما فيه من تشبه النساء.

(وذوق الطعام) لما فيه من⁴ تعريض الصوم على الإفساد.

وفي «الخانية»: إن كان زوج المرأة أو مولى الأمة سبى الخلق لا يكره ذوقها.

وفي «التنجيس»: هذا في الفرض، وأما في التطوع فلا يكره الذوق؛ لأن الإفطار فيه بعذر مباح اتفاقًا، وكذا بغير عذر في رواية عن أبي حنيفة.

وفي «المحيط»: لا بأس للصائم بذوق العسل والطعام؛ ليعرف جيده ورديته كيلا يغبن فيه.

(ومضغه) أي: يكره [65ظ] مضغ الطعام (للمصغير لغير ضرورة) قيد به؛ لأنه لو كان لها ضرورة إلى المضغ بأن لم تجد من

يمضغ لصبيها الطعام لا يكره، كيف ولو خافت على ولدها يجوز لها الإفطار؟ فالمضغ أولى.

(والاستنشاق، والاعتسال، والتلف بئوب⁵ للتبرد مكروه) عند أبي حنيفة؛ لما فيه من التضجر في إقامة العبادة. **(ويخالفه)**

أبو يوسف؛ لما روي أنه صلى الله عليه وسلم صب الماء على رأسه من شدة الحر وهو صائم. وفي هذه الأشياء عون على العبادة، ودفع الضجر⁶ الطبيعي.

(وقيل: تكره المضمضة لغير وضوء)؛ لما فيه من توهم الإفطار، ولا وهم في الوضوء؛ لأنه مقيم للسنة.

(وكراهة المباشرة، والمعانقة، والمصافحة رواية) عن أبي حنيفة؛ لما فيها قرب من ارتكاب المحذور، وأما فعل النبي صلى

الله عليه وسلم هذه الأشياء في صومه؛ فلكونه صلى الله عليه وسلم مصونًا عن ارتكاب المحظورات.

(ولا تكره الحجامة) لما روي «أنه صلى الله عليه وسلم احتجم وهو صائم».

¹ د: بالاعتكاف والصوم.

² ح: فيتصدق.

³ د: فيتصدق.

⁴ د - من.

⁵ ح: بثبوت.

⁶ ح: التضجر.

(ولم يكرهوا السواك الرطب) أعم من أن يكون رطوبته أصلية أو عارضية بالماء. وقال مالك: يكره لما فيه من التعريض على الإفساد¹ بسبب رطوبته.

قيد بـ«الرطب»؛ لتحقيق خلاف مالك؛ لأن المكروه هو الرطب عنده، وإلا فالسواك عندنا غير مكروه رطبًا كان أو يابسًا؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «خير خلال الصائم السواك».

(ولا نكرهه) أي: السواك (في آخر النهار) وقال الشافعي: يكره؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «لخلوف فم الصائم أطيب عند الله من ريح المسك»، والسواك يزيله.

قيد بـ«آخر النهار»؛ لأنه في أوله مستحب اتفاقًا.

ولنا: إطلاق ما روينا، والمراد مما رواه نفي كراهة المكالمة مع الصائم، لا استبقاء² الخلوف في نفسه.

(ويستحب السحور) لما فيه من التقوية للعبادة.

(ولم يكرهوا إتباع الفطر) أي: اتصال عيد الفطر (بست من شوال) أي: بصومها. وقال مالك: يكره لما فيه من تشبه أهل الكتاب في زيادتهم على المفروض.

ولنا: قوله صلى الله عليه وسلم: «من صام رمضان، وأتبعه سئًا من شوال؛ فكأنما صام الدهر كله»، والتشبه ممنوع لوقوع الفصل بيوم الفطر.

وفي «الخانية»: إن فرقها؛ فهو أبعد من الكراهة.

(فصل) في الكفارة

(يجب مع القضاء الكفارة، وجعلوها) أي: كفارة الصوم (كالظهار) أي: ككفارة الظهارة في وجوبها على الترتيب بأن تجب

عليه:

[1.] تحرير رقبة إن يجدها.

[2.] وإلا فصيام شهرين متتابعين.

[3.] وإن لم يستطع، فإطعام ستين مسكينًا؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «من أفطر في نهار رمضان عامدًا؛ فعليه ما على

المظاهر».

(لا اليمين) يعني: جعل مالك كفارة رمضان ككفارة اليمين في وجوبها على التخيير، حتى إن من أفسد صومه بالجماع؛ فعند مالك: إن شاء أعتق رقبة، وإن شاء أطعم ستين مسكينًا، وإن شاء صام شهرين متتابعين؛ لأن الخيار ثابت في كفارة اليمين وجزاء الصيد، فكذا هذا؛ لأن الكل كفارة وجنس واحد.

وفي «التجنيس»: لو صام أحداً وستين يومًا للقضاء والكفارة، ولم يعين اليوم للقضاء جاز؛ لأن الغالب أن الذي يصوم عن القضاء والكفارة يبدأ بالقضاء.

(على من جامع) وهو متعلق بـ«يجب»، ولم يشترط معه الإنزال؛ لأنه ليس من تمام ماهية الجماع، ولهذا يجب الغسل وإن لم

ينزل.

(في أحد السبيلين) قيد به؛ لأن من جامع فيما دونهما لا تجب الكفارة أنزل أو لم ينزل كما سبق بيانه.

(في نهار رمضان) قيد به؛ لأن الجماع في غير صوم رمضان لا يوجب الكفارة؛ لأن جنائته في رمضان³ أبلغ.

(عامدًا) قيد به؛ لأن الكفارة⁴ لا تجب على من جامع ناسيًا؛ لأن النسيان حاصل من جهة صاحب الشرع، فالتحقق وجود

الجماع⁵ بعده.

¹ د: الفساد.

² ح: لاستبقاء.

³ د: جنابة رمضان.

⁴ د: لأنها.

⁵ ح: الجامع.

(ولم يوجبها بالنسيان) وقال مالك: تجب الكفارة على من جامع ناسيًا؛ لعموم قوله صلى الله عليه وسلم: «من جامع في نهار رمضان؛ فعليه ما على المظاهر».

قال المصنف في «شرح» والمشهور من مذهبه في الناسي كمنهنا.

أقول: على هذا ترك ذكر الخلاف كان من عين الإنصاف؛ لأن بيان الخلاف في غير المشهور مفضٍ إلى التطويل المهجور، مع أنه ذكر في «شرح» في كثير من المواضع: أنه ترك الخلاف المذكور في «المنظومة»؛ لأن ذلك القول كان غير مشهورٍ. (ولا نعددها) أي: الكفارة (بتعدده) أي: بتعدد الجماع في أيام رمضان الواحد. وقال الشافعي: يلزم عليه كفارات متعددة بحسب تعدد الوقاع.

قيّد بـ«تعدد الجماع»؛ لأنه لا كفارة عنده بالأكل والشرب.

ويقيدنا بـ«الجماع بكونه في أيام»؛ لأنه لو تكرر في يوم واحد تكفيه كفارة واحدة اتفاقاً.

ويقيدنا رمضان بالوحدة¹؛ لأنه لو تكرر في أيام رمضانين تعدد² الكفارة اتفاقاً. كذا في «الحقائق».

له: إن المسبب يتعدد³ بتعدد السبب، كما يتعدد الكفارة [66و] بتعدد اليمين، وكما لو كُفّر للأول.

ولنا: إن كفارة رمضان شرعت لمجرد العقوبة؛ لأن جبر النقصان حصل بإيجاب القضاء، والعقوبات إذا اجتمعت تداخلت بفضل الله؛ لأن الزجر حصل بوحدة، كما أن الحدود تداخلت بتكرار الزنا، بخلاف اليمين؛ لأن كفارته شرعت جبراً لهتك حرمة الاسم، وما شرع جبراً لا يتداخل كقضاء رمضان، وبخلاف ما لو كُفّر للأول؛ لأنه تبين أن الكفارة الأول لم تقع زاجرة. (ونوجبها على المطاوعة) قال الشافعي: لا كفارة على امرأة طاعت بالجماع؛ لأن الكفارة جزاء للفعل، وهو ثابت للفعل، فتجب عليه، والمرأة ليست بفاعلة؛ بل محل للفعل، فلا تجب عليها، ولهذا يقال: جامع، ولا يقال: جامعته.

ولنا: إنها شاركت الرجل في الإفساد، فتشاركه في وجوب الكفارة.

ثم إن كانت غنية يتحمل الزوج عنها الكفارة كئمن ماء⁴ الاغتسال، وإن كانت فقيرة لا يتحملها؛ لأن الواجب عليها الصوم دون الإعتاق لعدم استطاعتها التحرير، والنيابة لا تجري⁵ في الصوم.

وفي «الحقائق»: محل الخلاف المطاوعة في الابتداء؛ إذ لو كانت مكروهة في الابتداء ثم طوعته لا كفارة عليها اتفاقاً.

قيّد بـ«المطاوعة»؛ لأنها لا تجب على المكروهة اتفاقاً، وأما لو أكره الزوج على الجماع، فجامعها؛ فأبو حنيفة كان يقول: يلزمه الكفارة؛ لأن انتشار آله أمانة الاختيار، ثم رجع عنه، وقال: لا كفارة عليه، وهو قولهما؛ لأن انتشار الآلة⁶ غير مفسد، وإنما فسد صومه بالإيلاج، وهو كان مكرهاً فيه.

(ونسقطها لعروض حيض أو مرض) يعني: إذا وجبت الكفارة عليها بالوقاع، ثم حاضت في ذلك اليوم، أو مرضت؛ سقطت الكفارة عندنا. وعند الشافعي في رواية عنه: لا تسقط؛ لأن الكفارة ثبتت⁷ دئيّاً في ذمتها، وعروض المنافي لا ينافي بقاء الكفارة، فصارت كما لو سافر بها كرهاً.

ولنا: إنه بعروض المنافي تمكن شبهة في أن اليوم غير مستحق بالصوم في أوله، فتسقط الكفارة؛ لأنها إنما تجب بالإفطار في يوم مستحق بالصوم، بخلاف السفر، فإنه غير مناف للصوم، ولهذا إذا عرض السفر بالنهار لا يباح له الإفطار؛ لأنه تعلق باختياره، فجعل كالعدم.

(وعكسناه لو سافر به كرهاً) بفتح الكاف، يقال: أقامني فلان على كره إذا أكرهك عليه. كذا في «الصحيح». (بعد

لزومها) يعني: من أفطر في رمضان، ولزمته الكفارة، ثم سافر به بالإكراه عليه لا تسقط عنه الكفارة عندنا. وقال زفر: تسقط.

قيّد بقوله: «كرهاً»؛ لأنه لو سافر اختياراً لا يسقط اتفاقاً.

1 ح: بالوحدة.

2 د: نعدد.

3 د: متعدد.

4 ح - ماء.

5 ح: يجري.

6 د: آله.

7 د: ثبت.

له: إن العذر وجد في آخر اليوم، فتمكن فيه شبهة عدم استحقاق الصوم، فتسقط الكفارة، كما لو عرض مرض بعد لزومها. ولنا: إنها وجبت في الذمة، فلا تسقط إلا بعذر من جهة من له الحق، بخلاف المرض، فإنه لا حق من جهة صاحب الحق، فصار بمنزلة الإبراء.

(ونوجبها بالأكل، والشرب عاملاً فيه) أي: في نهار رمضان. وقال الشافعي: لا تجب؛ لأنها تثبت في الوقاع¹ بالنص على خلاف القياس، فلا يقاس عليه غيره.

ولنا: قوله صلى الله عليه وسلم: «من أفطر في نهار رمضان؛ فعليه ما على المظاهر». (وشروطها) في وجوب الكفارة على من أفطر في رمضان (كونه) أي: كون المأكول (غذاء أو دواء)، خلافاً لمالك، حتى إذا ابتلع² حصاةً قصداً وجبت الكفارة عنده.

له: إن الكفارة شرعت جزاء عن هتك حرمة الشهر، وذا يحصل بالفطر عمداً وإن لم يكن غداء. ولنا: إن الجنابة في أكل ما ليس بغذاء ناقصة، فلا يجب به الكفارة؛ لأنها شرعت عقوبة للكاملة. وفي «المحيط»: كل ما لا يؤكل عادة ملحق بما لا يتغذى به، حتى لو أكل شعيراً غير مقلي، أو كاغداً، أو بزاقاً أو سرفجلاً لم يدرك ولم يطبخ؛ لا كفارة عليه. وأما إذا كان طيناً أرمنياً؛ ففيه الكفارة؛ لأنه يؤكل للدواء. (وتعمد فطره بعد نسيانه عالماً ببقائه لا يوجبها) يعني: إذا أفطر الصائم ناسياً، فعلم أن صومه باقٍ، ثم أفطر متعمداً؛ فلا كفارة عليه عند أبي حنيفة. وقالوا: عليه الكفارة.

قيد بـ«التعمد»؛ لأنه لو أفطر ناسياً بعد نسيانه لا تجب الكفارة اتفاقاً. وقيد بقوله: «بعد نسيانه»؛ لأنه لو كان قبله تجب اتفاقاً. وقيد بقوله: «عالماً»؛ لأنه لو كان ظاناً ببقائه لا تجب الكفارة اتفاقاً. لهما: إنه لما علم حال صومه انتفت الشبهة، فصار كمن أفطر متعمداً قبل عروض النسيان. وله: إن شبهة الحال وإن انتفت، لكن شبهة الدليل باقية؛ لأن القياس يقتضي أن يفسد الصوم بالأكل ناسياً، وبه أخذ مالك، فلا تجب الكفارة لهذه الشبهة.

(وكذا) أي: كذا الخلاف (لو تعمده) [66ظ] أي: الإفطار (قبل الزوال ولم يكن نواه) أي: الصوم لا كفاره عليه عند أبي حنيفة. وقالوا: عليه الكفارة.

قيد بقوله: «قبل الزوال»؛ لأنه لو أفطر بعده لا كفارة عليه اتفاقاً. له: إن إفطاره لم يقع على الصوم؛ لأن الإمساك بلا نية لا يكون صوماً. ولهما: إنه كان متمكناً من الصوم بالنية، وتفويت الإفطار ذلك التمكن كتفويته نفس الصوم، كما أن غاصب الغاصب يضمن لتفويته مكنة رد الغاصب، فصار كتفويته المغصوب.

(أو بعد نية قبل الزوال) يعني: من أصبح غير ناو للصوم، فنوى قبل الزوال، ثم أفطر متعمداً لا تجب الكفارة عند أبي حنيفة. وقالوا: تجب.

قيد النية بقوله³: «قبل الزوال»؛ لأنه لو كان من الليل، فتعمد الفطر؛ تجب الكفارة اتفاقاً. لهما: إن الصوم بنية من النهار جائز، فيكون جائزاً على صوم صحيح. وله: إنه بنية النهار لا يكون صائماً عند الشافعي، وبهذه الشبهة الناشئة من الدليل اندرأت الكفارة.

(فصل) في قضاء رمضان

(يخير في القضاء بين الجمع والتفريق) أي: بين أن يقضيها متتابعة أو متفرقة؛ لأنه غير مؤقت بوقت معين. (ولا نوجب فدية للقضاء بعد مضي العام) يعني: إذا أخر قضاء رمضان حتى جاء¹ رمضان الثاني لا فدية عليه عندنا لتأخيره. وقال الشافعي: يفدي بمد من طعام لكل يوم؛ لما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما كذلك.

¹ ح: بالوقاع.

² ح: ابتلعت.

³ د: بكونه.

ولنا: إطلاق قوله تعالى: ﴿فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾ [البقرة، 184/2] من غير ذكر الفدية.
(ولا يجب) القضاء (على المريض والمسافر لو ماتا) في حال المرض والسفر؛ لأن الخطاب بالأداء متأخر في حقهما إلى إدراك عدة أيام أخر، ولم يدركا.

(وإن² صح، أو أقام، ثم مات نوجب الإيضاء بالإطعام) يعني: يجب عليه عندنا أن يوصي بأن يطعم وليه لما فات من صومه (كالفطرة من كل يوم) أي: كالإطعام في صدقة الفطر، وهو نصف صاع من بُرٍّ أو صاع من تمر، إلا أن في الفدية يجوز إباحة الطعام أُكْلَتَانِ مشبعتان، ولا يجوز ذلك في صدقة الفطر. كذا في «الخانية».
وفي قوله: «كالفطرة» احتراز عن قول الشافعي، فإن الإطعام عنده مقدر بمد لكل يوم.
وهذا الإطعام عندنا بعد الإيضاء إنما يخرج من ثلث ماله، حتى لو زاد على الثلث لا يلزمه ذلك وإن أوصى.
(بقدرهما) أي: بقدر صحته وإقامته؛ لأنه أدرك وقت القضاء، فوجب عليه، وعجز عن الأداء في آخر عمره، فصار كالشيخ الفاني.

فإن قلت: جواز الفدية في الشيخ الفاني ثبت على خلاف القياس، فكيف يقاس عليه غيره؟
قلت: ما ثبت بخلاف القياس لا يقاس عليه غيره إذا لم يكن ذلك الغير في معناه من كل وجه، وأما إذا كان في معناه من كل وجه³، فالحكم يثبت⁴ فيه بطريق الدلالة لا بالقياس، وما نحن فيه كذلك؛ لأن كلامنا فيمن عليه قضاء رمضان، فأذرك عدة من أيام، ولم يصم، ثم مرض، فاستمر مرضه إلى أن مات. كذا في «النهاية».
وقال الشافعي: لا يجب عليه الإيضاء؛ بل يؤدي من جميع التركة وليه بقدرهما، كما كان يؤدي دين العبد منها بلا إيضاء.
ولنا: إنها عبادة، فلا بد فيها من الاختيار، ولو أدت بلا إيضاء تكون جبرية.
(ولا نجيز الصوم عنه) يعني: لا يجوز لوليه أن يصوم عنه ما وجب عليه من القضاء عندنا. وقال الشافعي: يجوز؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «من مات وعليه صيام صام عنه وليه».

ولنا: الحديث المشهور: «لا يصوم أحد عن أحد»، والمراد بما رواه: هو الإطعام؛ لأنه بدل الصوم توفيقاً بين الحديثين.
(ولو نذر صوم شهر) مثلاً: لو نذر مريض في رجب أن يصوم شعبان، (فصح أياماً) من شعبان (ألزمه) محمد قضاء ما نذره (بقدرها) أي: بقدر أيام صحته؛ لأنه لو لم يصح لم يلزمه شيء، فلو صح شهراً لزمه كله، وإذا صح بعض شهر لزمه بقدره اعتباراً بقضاء رمضان.

(وهما بكله) أي: صاحبه ألزمه بقضاء كل شهر، فيجب عليه الإيضاء بالإطعام عن الكل، كالصحيح إذا نذر صوم شهر، ثم مات قبل تمامه، فإنه يلزمه الإيضاء بكله اتفاقاً؛ لأن الكل وجب في ذمته بنذره، فوجب عليه تفرغها بالفدية عند عجزه، بخلاف رمضان، فإن نفس الوجوب فيه إنما يثبت بإدراك عدة أيام أخر⁵، فيتقدر بقدرها.
(والمرض المبيح للفطر) عند أبي حنيفة (خوف ازدياده) أي: ازدياد مرضه (بالصوم). وقالوا: المرض المبيح (عجزه عن القيام في الصلاة).

ثم معرفة ازدياد مرضه⁶: إما بغلبة ظنه، أو بقول طبيب حاذق.
ولو برأ من المرض، ولكنه ضعيف لا يفطر؛ لأن المبيح هو المرض لا الضعف، وكذا لو خاف من المرض لا يفطر. وفي قوله: «خوف ازدياده» إشارة إلى هاتين المسألتين.

¹ د: مضى.

² د: فإن.

³ د - في معناه من كل وجه.

⁴ د: ثبت.

⁵ د - أخر.

⁶ د: المرض.

له: قوله تعالى: ﴿فَمَنْ كَانَ [67] مِنْكُمْ مَرِيضًا أَوْ عَلَى سَفَرٍ﴾ [البقرة، 184/2] الآية. ولما لم يكن نفس المرض مظنة المشقة؛ إذ بعض المرض ينقص² بالصوم، قلنا: المرض المبيح ما هو مفض إلى الحرج³، ولما كان السفر مظنة المشقة بكل حال، قلنا: أصل السفر مبيح.

ولهما: إن الشرع اعتبر العجز عن القيام في الصلاة عذرًا في ترك فرض القيام، فيعتبر في المرض عذرًا في ترك الصيام. اعلم أن خوف ازدياد المرض مبيح اتفاقًا، والخلاف غير مذكور في الكتب المشهورة من «الهداية» و«المنظومة» وغيرهما، لعل المصنف وجد رواية، ولو ترك ذكر الخلاف؛ لكان أولى.

(وتفطر الحامل) وهي التي لها حمل، وهو بفتح الحاء: الولد في البطن. **(والمرضع)** وفي «الصحاح»: يقال: امرأة مرضع بلا تاء إذا كان لها ولد ترضعه، فإن وصفها بإرضاع الولد قلت: مرضعة، والرضيع: الذي يمص اللبن.

(للخوف على الولد، وتقضيان⁴). وفي «الكفاية»: المراد من المرضع: الظفر؛ لأنها لا تتمكن⁵ من الامتناع لوجوبه عليها بالإجارة⁶، وأما الأم؛ فليس عليها الإرضاع إلا إذا امتنع الأب من استئجار مرضعة⁷ أخرى.

(ولا نوجب عليهما فدية). وقال الشافعي: تجب؛ لأن نفع إبطارها حصل لشخصين للأم والولد، فيجب عليها لنفعها القضاء، ولنفع ولدها الفداء.

قيد بـ«الخوف على ولدها»؛ لأنها لو خافت على نفسها لا فدية عليها اتفاقًا. من «الحقائق».

له: إن الولد عاجز عن الصوم، فيكون الإفطار لأجله كإفطار الشيخ الفاني.

ولنا: إن الفدية خلف عن الصوم، فالجمع بين القضاء والفدية جمع بين البدل والأصل، والشيخ الفاني وجب عليه الصوم، ثم انتقل إلى الفدية لعجزه، والطفل لم يجب عليه الصوم، فكيف يقاس هو⁸ عليه؟ مع أن الفدية للشيخ⁹ ثبت على خلاف القياس.

(وأوجبوها) أي: الفدية **(على الشيخ العاجز)** عن الصوم بشرط أن يستمر عجزه. وقال مالك: لا تجب؛ لأن عجز الشيخ لا يزول عادة، فصار كالصبي.

ولنا: قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الَّذِينَ يُطِيقُونَهُ فِدْيَةٌ﴾ [البقرة، 184/2]. قال ابن عباس: أي: لا يطيقونه، المراد منه: الشيخ الفاني بالإجماع.

وفي «الخانية»: من وجب عليه صوم شهرين من كفارة الصوم، فلم يصم حتى صار شيخًا فانيًا؛ لم تجز¹⁰ عنه الفدية؛ لأن ذلك الصوم بدل عن التكفير بالمال؛ لأنه لا يصار إليه إلا عند العجز عن التكفير بالرقبة والفدية، إنما تجوز عن صوم هو أصل بنفسه. وفي «القنية»: لو تصدق الشيخ الفاني في الليل عن صوم الغد يجزئه.

(ويمسك) عن المفطرات على وجه الاستحباب **(من بلغ، أو أسلم)** في رمضان **(بقية يومه)** قضاءً لحق الوقت تشبهًا بالصائمين، لكن للصبي أن ينوي التطوع إذا بلغ قبل الزوال؛ لأنه أهل للتطوع قبل البلوغ، والكافر ليس بأهل له.

(ولا يقضيه)؛ لأن القضاء يستلزم سبق الوجوب، ولا وجوب عليهما لعدم أهليتهما، والصوم لا يتجزأ، بخلاف الصلاة، حيث يجب قضاؤها إذا بلغ أو أسلم في بعض الوقت؛ لأن السبب فيها الجزء المتصل بالأداء، فوجدت الأهلية عند ذلك، وفي الصوم السبب هو الجزء الأول من اليوم، والأهلية منعدمة عنده.

1 د: ومن.

2 ح: ينتقص.

3 ح: الحرج.

4 ح: ويقضيان.

5 ح: يتمكن.

6 ح: بالإجارة.

7 د: مرضع.

8 ح - هو.

9 د: في الشيخ.

10 د: يجز.

(ولو قَدِمَ) المسافر بعد الأكل، أو أفاق المجنون (في بعضه) أي: بعض اليوم، أو تسحر وهو لا يعلم طلوع الفجر، (أو طهرت) الحائض أو النفساء¹ في بعض اليوم (نوجب إمساكه) أي: إمساك ذلك البعض. وقال الشافعي: لا يجب. قيد بـ«القدم والظاهرة»؛ لأن الإمساك لا يلزم المسافر في سفره، ولا الحائض في حيضها اتفاقاً. وفي «الخاتمة»: لو أفطر خطأ، أو متعمداً، أو مكرهاً، أو أفطر يوم الشك، ثم ظهر أنه من رمضان؛ يلزمه الإمساك اتفاقاً. له: إن الصوم لم يكن واجباً عليهم في أول الأيام، فلا يجب الإمساك للتشبه الذي هو خلف عنه؛ لأن الخلف إنما يجب على من يجب عليه الأصل.

ولنا: إن إمساك بعض اليوم واجب عليهم تعظيماً للوقت على وجه الأصالة لا التبعية؛ لأنهم كانوا أهلاً للصوم، ألا يرى أن المسافر إذا صام يقع عن الفرض، والحائض إذا طهرت يجب عليها قضاء الصوم؟ ولو لم يكن الأهلية لما وجب. (ويقضي المغمى عليه ما بعد يوم الإغماء) يعني: من أغمى عليه في رمضان لم يقض اليوم الذي حدث فيه الإغماء؛ لأن ظاهر حال المسلم وجود النية منه، ويقضي ما بعده لعدم وجود النية فيه.

(ولو استوعبه) أي: الإغماء رمضان (قضاه) أي: كل الشهر لانعدام النية، وكون الإغماء نوع مرض لا ينافي الوجوب. هذا إذا حدث الإغماء في آخر شعبان؛ لأنه لو حدث [67ظ] في أول ليلة من رمضان لا يقضي يوماً حدث في ليلته الإغماء؛ لأن ظاهر حال المسلم يدل على وجود النية فيها، حتى لو كان منهتكاً لا يصوم رمضان، أو مسافراً، فأغمى عليه فيها؛ قضى كل الشهر؛ لعدم ما يدل على وجود النية. كذا في «التبيين».

(وعكسوه لو استوعبه الجنون) يعني: من جُنَّ رمضان كله لم يقضه عندنا. وقال مالك: قضاؤه؛ لأن إغماء كل الشهر لم يكن منافياً لوجوب قضاؤه، وكذا² الجنون.

ولنا: إن الممتد من الجنون يمنع الوجوب دفعاً للحرج، فجعل استيعاب الشهر حداً فاصلاً بين الممتد وغيره، بخلاف الإغماء؛ لأنه لا يمتد شهراً غالباً كالنوم.

وفي «النهاية»: المراد من استيعاب الشهر ألا يمكنه صوم يوم فيه، حتى لو أفاق بعد الزوال من اليوم الأخير من رمضان لا يلزمه القضاء، مع أن جنونه لم يكن مستوعباً من جهة الأوقات. وذكر في «الفصول»: الصحيح أنه يلزمه.

(ولو جُنَّ بعضه) بضم الجيم، أي: لو صار مجنوناً في بعض الشهر، ثم أفاق، سواء كان جنونه أصلياً بأن كان بلغ مجنوناً، أو عارضياً بأن كان بلغ مفيئاً، ثم جُنَّ (نلزمه قضاء ما مضى). وقال الشافعي: لا يلزمه؛ لأنه إذا استوعب الجنون الشهر يمنع وجوب الكل، فإذا استوعب البعض يمنع بقدره.

ولنا: إن سبب الوجوب وجد في حقه، كما قال تعالى: ﴿فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ﴾ [البقرة، 185/2]، والمراد به: بعض الشهر؛ إذ لو كان السبب شهود جميع الشهر؛ لوقع الصوم في شوال.

فإن قلت: لو كان السبب بعض الشهر لزم أن يجب البعض الذي شهدته، وليس كذلك؟

قلت: ضمير {فليصمه} عائد إلى الشهر لقربه، لا إلى البعض، مع أنه غير مذكور.

(فصل في الاعتكاف)

(يسن الاعتكاف) وقال³ القدوري: الاعتكاف مستحب، والصحيح أنه سنة مؤكدة؛ لمواظبة النبي⁴ صلى الله عليه وسلم. والحق أن يقال: إنه ثلاثة⁵ أقسام:

[1]. واجب، وهو المنذور.

[2]. سنة، وهو ما يكون في العشر الأخير من رمضان.

¹ د: والنفساء.

² د: فكذا.

³ د: قال.

⁴ د: لمواظبته.

⁵ ح: ثلاث.

[3].] ومستحب، وهو ما يكون في غيره من الأزمنة.

(أن يلبث في المسجد) وهو في موضع الرفع بدل عن الاعتكاف (مع النية)؛ لأنه عبادة، (وأداء صلاة بجماعة أو الخمس فيه شرط) يعني: روي عن أبي حنيفة: أن الاعتكاف لا يصح إلا في مسجد يصلى فيه بعض الصلوات بجماعة كمساجد الأسواق؛ لقول حذيفة رضي الله عنه: «لا اعتكاف إلا في مسجد جماعة». وروي عنه أيضاً: أنه لا يجوز إلا في مسجد يصلى فيه الصلوات الخمس، وهذه الرواية هي المختارة؛ لأن الاعتكاف عبارة انتظار الصلاة، فلا بد من اختصاصه بمسجد يصلى فيه الصلوات الخمس. وقال: يجوز في كل مسجد لإطلاق قوله تعالى: ﴿وَأَنْتُمْ عَاكِفُونَ فِي الْمَسَاجِدِ﴾ [البقرة، 187/2].

(ونلزمه بالصوم) يعني: من نذر اعتكاف يوم يلزمه بالصوم عندنا. وقال الشافعي: يلزمه بلا صوم؛ لقول علي رضي الله عنه: «ليس علي من اعتكف¹ صوم إلا أن يوجهه على نفسه»، فيجوز عنده نذر اعتكاف ليلة؛ لأن الصوم ليس من شرطه.

ولنا: قوله صلى الله عليه وسلم: «لا اعتكاف إلا بالصوم»، وما رواه أثر، فلا يعارض الخبر.

وفي «فتاوى اللؤلؤجي»: من صام تطوعاً، ثم نذر اعتكاف ذلك اليوم لا يصح؛ لأنه لما وجب الاعتكاف؛ وجب الصوم من أول النهار، وصومه انعقد تطوعاً، فيتعذر جعله واجباً.

(وأقل نفله يوم) يعني: أقل نفل الاعتكاف. وهو أن يشرع فيه من غير أن يوجهه على نفسه. مقدّر بيوم عند أبي حنيفة؛ لأنه مشروط بالصوم، ولا صوم أقل من يوم.

(وأكثره) يعني: أقل نفل الاعتكاف مقدر بأكثر اليوم عند أبي يوسف؛ لأن أكثر الشيء بمنزلة كله، حتى لو شرع في صوم التطوع، ثم نذر الاعتكاف قبل الزوال؛ يصح عنده.

(وساعة) يعني: أقله مقدر بساعة عند محمد؛ لأنها أقل ما يتصور فيه اللبث، ولا اعتبار بما دونها، والصوم ليس من شرطه في النفل عنده؛ لأن حال النفل مبني على المساهلة.

قيد بـ«النفل»؛ لأن الواجب أقله مقدر باليوم اتفاقاً.

فإن قلت: الاعتكاف عبادة، فهل يلزم بالشروع كما لزم الصوم؟

قلت: لا؛ لأن كل جزء من اللبث في المسجد عبادة على خلاف العادة، فلم يفتقر² إلى جزء آخر، وفي³ الصوم مجموع أجزاء الإمساك عبادة؛ لأن الإنسان لا يخلو عن قليل إمساك عادة.

(وتعتكف المرأة في مصلى بيتها)؛ لأنه هو الموضع المتعين لصلاتها، فيتحقق انتظارها فيه، ولا تعتكف في غير مصلاها في بيتها، وإذا اعتكفت لا تخرج من مصلى بيتها كالرجل إلا لحاجة الإنسان، وإن حاضت خرجت، وإن [68و] لم يكن في بيتها مصلى لا تعتكف. كذا في «الكفاية».

(والخروج) أي: خروج المعتكف من موضع اعتكافه بلا عذر (ساعة لغير⁴ ضرورة مفسد) اعتكافه عند أبي حنيفة. (واشترط له) أي: لفساد الاعتكاف (أكثر النهار)، أي: قال: لا يفسد ما لم يخرج أكثر النهار.

له: إن الاعتكاف هو اللبث، والخروج بنافيه، فيبطله قلّ أو كثر.

ولهما: إن اللبث في أكثر النهار يقوم مقام كله، كما أن نية الصوم في أكثر النهار كالنية في جميعه.

وفي «الذخيرة»: هذا في الاعتكاف الواجب، وأما في النفل، فلا يفسده الخروج ولو بلا عذر.

(ونجزه) أي: خروج المعتكف (للجمعة). وقال الشافعي: لا يجوز؛ إذ لا ضرورة له في خروجه لها؛ لأنه كان يمكنه أن يعتكف في الجامع، فلا⁵ يحتاج إلى الخروج.

¹ د: على المعتكف.

² د: تفتقر.

³ ح: في.

⁴ د: بغير.

⁵ د: ولا.

ولنا: إن الاعتكاف في كل مسجد مشروع؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُبَاشِرُوهُنَّ وَأَنْتُمْ عَاكِفُونَ فِي الْمَسَاجِدِ﴾ [البقرة، 187/2]، فإذا اعتكف في مسجد لقرّبه من بيته مسّت الضرورة إلى الخروج للجمعة؛ لكونه مأموراً بالسعي إليها، لكن يخرج من معتكفه حين نزول² الشمس؛ لتوجه أمر السعي إليه حينئذٍ.

فإن قلت: لِمَ لم تسقط الجمعة بعذر الاعتكاف كما سقطت بعذر السفر؟

قلت: الجمعة وجبت بإيجاب الله، والاعتكاف بإيجاب العبد، فلا تسقط الجمعة به لكونها أعلى منه، وأما عذر السفر؛ فقد جعله الله سبباً للتخفيف.

ولو مكث في الجامع يوماً لا يفسد اعتكافه؛ لأنه محله، إلا أنه لا يستحب؛ لالتزامه الاعتكاف في المسجد الآخر.

(ويحرم الوطء) على المعتكف؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُبَاشِرُوهُنَّ وَأَنْتُمْ عَاكِفُونَ﴾ [البقرة، 187/2]، (ودواعيه) كاللمس والقبلة؛ لأنها مؤدية إليه، كما حرمت في الإحرام، والظهار، والاستبراء.

فإن قلت: لِمَ لم يحرم الدواعي في الصوم وحالة الحيض كما حرم الوطء؟

قلت: لأن الصوم والحيض يكثر وجودهما، فلو حرم الدواعي فيهما؛ لوقعوا في الحرج، وذلك مدفوع شرعاً.

(ويبطل به) أي: الاعتكاف بالوطء (مطلقاً) أي: سواء وجد ليلاً أو نهاراً، عمداً أو نسياناً. وإنما لم يجعل النسيان عفواً فيه، كما جعل عفواً في الصوم؛ لأن الاعتكاف حالة مذكّرة، ولا كذلك الصوم.

(وبالإنزال من لمس أو قبلة، ولا نفسده بهما) أي: الاعتكاف بمجرد اللمس والقبلة. وعند الشافعي: يفسد؛ لأنهما أحق بالجماع في الحرمة في الاعتكاف، فوجب إلحاقهما به في إفساد الاعتكاف احتياطاً.

ولنا: إن المنهي عنه هو الجماع، وهما إنما يكونان في معناه إذا اتصل بهما الإنزال؛ لأنه يكون قاضيّاً للشهوة، وإذا لم ينزل لا يفسدان؛ لأنهما ليسا في معنى الجماع، ولهذا لم يفسد الصوم بهما.

(ولا يبطل به) أي: الاعتكاف بالإنزال (من نظر وفكر)؛ لأن الإنزال منهما بمنزلة الإنزال في الاحتلام.

(ولا بأس) للمعتكف (بعقد البيع)؛ لأنه قد يحتاج إلى ذلك بأنه لا يجد من يقوم بحاجته. المراد به: عقد ما لا بد له كالطعام ونحوه، وأما عقده للاتجار؛ فمكروه مطلقاً، وكذا عقد غير المعتكف في المسجد والخز والخيطة فيه. وقيل: إن كان الخياط يحفظ المسجد؛ فلا بأس بأن يخييط فيه، وكل ما يكره في المسجد يكره في سطحه.

(دون إحضار سلعة) يعني: لا يحضر المبيع في المسجد؛ لئلا يصير مشغولاً بحقوق العباد، ويكون كالالدكان.

(ويكره الصمت) وهو ألا يتكلم أصلاً من غير عذر⁴. هذا إذا اعتقده قربة؛ لأن صوم الصمت منهي عنه، فأما الصمت للاستراحة؛ فليس بمكروه. وقيل: أراد بالصمت: النذر بأن لا يتكلم في صومه، كما كان في شريعة من قبلنا.

(ولا يتكلم إلا بخير)؛ لأنه في عبادة انتظار الصلاة، فلا يخلطها بكلام مآثم.

(ويخرج) أبو يوسف (الليلة الأولى لنذر اعتكاف يومين). وقالوا: دخلت الليلة الأولى، فدخل المسجد قبل المغرب.

قيد بـ«الليلة الأولى»؛ لأن الليلة المتخللة بين اليومين داخله اتفاقاً.

وقيد بـ«يومين»؛ لأنه لو نذر اعتكاف يوم لا يتناول لليلة اتفاقاً، ولو نذر اعتكاف أيام يدخل الليلة الأولى اتفاقاً؛ لأن الأيام يلزمه متابعة وإن لم يشرط التتابع؛ لأن مبنى الاعتكاف على التتابع، ويتناول الأيام ما يازنها من الليالي؛ لأنها قابلة للاعتكاف، كما تدخل الليالي في الأيام عرفاً إذا قلت: ما رأيت زيداً منذ أيام.

لهما: اعتبار المثني بالجمع لما فيهما من معنى الاجتماع.

فإن قلت: لم اعتبرنا كذا ههنا، ولم يعتبرنا في جماعة الجمعة؟

1 د: لا.

2 د: يزول.

3 د: لا.

4 د: نذر.

قلتُ: احتياطاً؛ لأن لوقت الجمعة فرضاً أصلياً، [68ظ] وهو الظهر، ولما كان في إقامة التثنية مقام الجمع نوع تردد لم يعتبر المثنى بالجمع؛ ليخرج عن عهدة الوقت بالفرض الأصلي، وأما في فصل الاعتكاف؛ فلأن إيجاب اليومين مع الليلتين أحوط من إيجاب اليومين مع ليلة.

وله: إن الأصل أن يعمل بالأوضاع، ووضع المثنى غير وضع الجمع، إلا أنه لما كان في الجمعة والجماعة معنى الاجتماع أعطي للمثنى¹ حكم الجمع، وأما في المسألة المذكورة لم يوجد في المثنى لفظ الجمع، فبقي على الأصل، ولم يتناول² المثنى الليلة الأولى لا صيغة ولا تبعاً، فلم يدخل في الإيجاب. كذا في «الكفاية».

(ونعكسه) أي: يحكم بدخول الليلة الأولى (لأيام) أي: لنذر اعتكاف أيام. وقال الشافعي: لا تدخل³ الليلة الأولى، وأما الليالي المتخللة، فداخله فيها. وفي رواية عنه: لا تدخل الليالي المتخللة أيضاً؛ لأن ذكر الأيام لا يتناول الليالي. وفي رواية أخرى عنه: إن نذر التتابع دخلت، وإلا فلا.

وتوجيه مذهبنا معروف من المسألة السابقة.

(ونشترط التتابع فيها وإن لم يلتزمه) يعني: إذا نذر أن يعتكف أياماً؛ لزمه اعتكافها متتابعة وإن لم يلتزم التتابع. وقال الشافعي: إن شاء فرق، وإن شاء تابع؛ لأن الوفاء بالمنذور يحصل بالتفريق أيضاً، كما لو نذر صوم ثلاثة أيام. **ولنا:** إن الأصل هو الاتصال، كما لو حلف لا يتكلم ثلاثة أيام، والزمان صالح له، بخلاف الصوم؛ لأن الليالي متخللة غير صالحة للصوم، وكان الأصل فيها القطع دون الوصل، ولهذا تخير.

(ولو نوى الأيام خاصة صدق) يعني: إذا نذر أن يعتكف أياماً، وقال: أردتُ به: الأيام دون الليالي صدق؛ لأن اليوم حقيقة في بياض النهار، فيكون نوايياً بحقيقة كلامه، فيصح، بخلاف ما لو نذر اعتكاف شهر، وأراد به الأيام خاصة؛ لا يصدق؛ لأن الشهر اسم لعدد مقدر يشتمل الأيام والليالي، فلا يحتمل ما دونه.

(ولو نذر اعتكاف رمضان، فصامه فقط) أي: لم يعتكف فيه (أوجبنا قضاءه) أي: قضاء الاعتكاف. وقال زفر: سقط قضاؤه عنه.

قيّد بقوله: «صام»؛ إذ لو اعتكف ولم يصم؛ لا يصحّ اعتكافه اتفاقاً؛ لأنه لا يصح إلا بالصوم، ولو لم يصم ولم يعتكف عليه قضاءً اعتكاف شهر بالصوم اتفاقاً.

وقيّد بقوله: «فقط»؛ لأنه لو اعتكف فيه يخرج عن العهدة اتفاقاً.

له: إنّه التزم اعتكافاً يؤديه بلا صوم مقصود، بل بصوم⁴ رمضان، وإنما صحّ نذره لمقارنته بالصوم، ولما فات عنه الاعتكاف في رمضان بطل نذره؛ لأنه لو بقي؛ لكان نذراً بالاعتكاف بلا صوم، وإنه غير مشروع.

(وألزمناه بصوم شهر غيره) أي: غير رمضان، حتى لو صام رمضان الثاني واعتكفه قضاء لما فات عنه من اعتكاف رمضان الأول لا يصح عندنا. وفي رواية أخرى عن زفر: إنه يصح؛ لأنه التزم اعتكافاً يؤديه بصوم رمضان، وإذا أدرك رمضان الثاني يقضيه⁵ كما أوجب عليه.

ولنا: إن الصوم كان شرطاً للاعتكاف، فإنما سقط لإضافته إلى شهر رمضان، فإذا فات عنه شرف ذلك الوقت؛ بقي الاعتكاف مضموناً بإطلاقه، فوجب قضاؤه بالصوم المقصود.

¹ ح: المثنى.

² د: فلم تتناول.

³ ح: يدخل.

⁴ ح: يصوم.

⁵ د: تقضيه.

(كتاب الحج)

(يفترض) الحج لقوله تعالى: ﴿وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا﴾ [آل عمران، 97/3]، وكلمة «على» للإيجاب. (في العمر مرة)؛ لأنه صلى الله عليه وسلم لما سُئِلَ عن الحج: أفي كل عام أم مرة؟ قال صلى الله عليه وسلم: «مرة، فما زاد تطوع»¹.

(ويوجبه) أي: أبو يوسف الحج وجوبًا (مضيقًا) بأن يفعله في العام الأول، حتى لو أخر عنه يَأْتُم، وهو أصح الروايتين عن أبي حنيفة. (لا موسعًا) يعني: عند محمد: يجب وجوبًا موسعًا؛ لأنه فرض العمر، وجميع العمر له بمنزلة الوقت للصلاة، فإذا أخرها إلى آخر الوقت كان جائزًا، فكذا إذا أخره إلى آخر العمر، لكنَّ جوازه مشروط بأن لا يفوته، حتى لو مات ولم يحجَّ أثمَّ عنده أيضًا. وأبي يوسف: إنَّ للحج وقتًا متعنيًا في كل عام، فإذا أخره عن العام الأول لا يمكن فعله إلا بإدراك وقته الآخر في العام الثاني، وإدراكه موهوم؛ لأن الموت في سنة ليس بنادرٍ، فيضيق الوجوب احتياطًا، بخلاف وقت الصلاة، فإن الموت فيه² فجأة نادر. (على كل مسلم حر عاقل بالغ)، فلا يجب على³ كافر وعبد ومجنون وصبي؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «أيا صبي حجَّ، ثم بلغ؛ فعليه حجة، وأيا عبد حجَّ، ثم أعتق؛ فعليه حجة»⁴.

(قادرًا على الزاد والراحلة) أي: على ملكهما، حتى إن من قدر عليهما على وجه الإباحة لا يجب⁵ الحج عليه. كذا في

«الخلاصة». [69و]

أقول: على هذا لو قال: على ملك الزاد والراحلة؛ لكان أولى.

والمراد بالراحلة: تمامها حتى من قدر عليها ليتناول مع آخر لا يجب عليه، والراحلة ليست بشرط على من حول مكة؛ لأنه لا يلحقه المشقة⁶، فأشبه السعي إلى الجمعة. وأما المحمل؛ فله جانبان، فالقدرة على أحدهما كافية.

(ونفقه الذهاب والإياب) أي: الرجوع إلى أهله بلا إسرافٍ ولا تقتيرٍ، (فاضلاً عن حوائجه الأصلية) مرَّ بيانها وما فضل منها في باب الزكاة. (ونفقة عياله) يعني: قادر على نفقة من يجب عليه نفقته. وإنما شرط القدرة عليها؛ لأن حقوق العباد متقدمة على حق الله. (إلى حين عودته مع أمن الطريق). قيل: هو شرط لوجوب الحج، وهو مروى عن أبي حنيفة؛ لأن الاستطاعة منتفية بدون الأمن. وقيل: هو⁷ شرط لأدائه؛ لأنه صلى الله عليه وسلم فسر الاستطاعة بالزاد والراحلة لا غير⁸.

وفائدة الخلاف تظهر⁹ في وجوب الإيضاء به، فعلى القول الأول: لا يجب، وعلى الثاني: يجب.

قال أبو بكر الإسكافي: لا أقول: الحج فريضة في زماننا، قاله في سنة ست وعشرين وثلاثمائة. وقال أبو القاسم الصفار: البادية عند دار الحرب. وقال أبو الليث: إن كان الغالب في الطريق السلامةً يجب، وإلا فلا، وعليه الاعتماد.

(ونشترط الصحة) يعني: صحة القادر على الزاد في وجوب الحج عليه.

(فلا يجب على مقعد غني) هذا تفریع لما قبله. وقال الشافعي: لا تشترط¹⁰ الصحة، فيجب على المقعد؛ لأنه مستطيع

بغيره.

ولنا: إنَّ الاستطاعة بدون صحة الأعضاء ساقط¹¹، والمحسوس والخائف من السلطان كالمريض؛ لوجود المانع فيه. كذا في

«الغاية».

¹ مسند أحمد بن حنبل، 1/255، 290.

² ح - فيه.

³ ح + كل.

⁴ مصنف ابن أبي شيبة، 597/8؛ المعجم الأوسط للطبراني، 3/140؛ السنن الكبرى للبيهقي، 5/179.

⁵ د: تجب.

⁶ د: مشقة.

⁷ ح - هو.

⁸ سنن الترمذي، المناسك، 4؛ سنن ابن ماجه، المناسك، 6.

⁹ د: يظهر.

¹⁰ ح: يشترط.

¹¹ د - ساقط.

(والوجوب رواية)، يعني: وجوب الحج على المقعد روايةً عن أبي حنيفة. وعن صاحبيه أيضًا روايتان فيه. (ولم يعتبروا فيه قدرة المشي) يعني: إذا كان قادرًا على المشي لا يجب عليه الحج عندنا. وقال مالك: يجب؛ لأنه مستطيع إليه بواسطة قدرة المشي.

ولنا: إنه صلى الله عليه وسلم فسر الاستطاعة بالزاد والراحلة¹، فيتعلق الوجوب بهما. وفي «الحقائِق»: الخلاف فيمن بَعَدَ عن الكعبة، وأما أهل مكة ومن حولها إذا قدر على المشي؛ فعليه الحج اتفاقًا. اعلم أن هذه الشروط معتبرة وقت خروج أهل بلده، حتى إذا كان قادرًا على الزاد والراحلة، فلم يبق القدرة وقت خروجهم؛ لا يجب عليه الحج، وعلى العكس يجب. كذا في «التبيين».

(ويشترط² في حج المرأة) شابة كانت أو عجوزًا، والصبية المشتبهة بمنزلة البالغة في هذا الشرط. (من سفر) أي: من موضع بينه وبين مكة مسافة سفرٍ (زوج أو محرم) وهو من يحرم نكاحها أبدًا بسبب قرابة، أو رضاع، أو مصاهرة؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «لا تسافر امرأة ثلاثة أيام إلا ومعها زوج أو محرم»³.

قيد بقوله: «من سفر»؛ لأنه لو كان أقل منه يجوز حجها بلا زوج ومحرم. (بالغ عاقل غير مجوسي ولا فاسق) شرط في المحرم هذه الأوصاف؛ لأن الصبي والمجنون عاجزان عن صيانتها، والمجوس يستحل⁴ مناكحتها، والفاسق غير أمين.

والشرط⁵ في المرأة أيضًا أن تكون خالية عن العدة أي عدة كانت، حتى لو كانت معتدة عند خروج أهل بلدها لا يجب عليها الحج؛ لقوله تعالى: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يُخْرِجَنَّ﴾ [الطلاق، 1/65]. وأما المرأة المسلمة؛ فيجوز لها سفر الهجرة من دار الحرب بلا محرم وإن كانت معتدة؛ لأنها مضطرة خائفة.

وفي «المحيط»: لا يقصد السفر، بل مرحلة مرحلة. والاختلاف في أن الزوج أو المحرم شرط الوجوب أو الأداء كالاختلاف في اشتراط أمن الطريق.

(مع النفقة عليها) أي: مع وجوب نفقة المحرم عليها؛ لأنها تتوسل⁷ به إلى أداء الحج، فصار كالراحلة. (ولم⁸ تعتبر النساء الأمينات لفقدهما) أي: لا تحج المرأة مع النساء الصالحات إذا لم يكن لها زوج أو محرم. وقال الشافعي: تحج؛ لأن الأمن يحصل بهن كما يحصل بأحدهما.

ولنا: ما روينا. (وإذا وجدته) أي: المرأة محرمًا (نمنع زوجها من منعها عن الفرض) أي: الحج الفرض. وقال الشافعي: له منعها. قيد بـ«وجدانها محرمًا»؛ لأنها لو لم تجده له منعها اتفاقًا.

وقيد بـ«الفرض»؛ لأن منعها عن النفل جائز اتفاقًا، وكذا عن الحج المنذور؛ لأن وجوبه عليها كان بالتزامها، فلا يظهر ذلك في حق الزوج، فصار نفلًا في حقه، فجاز أن يمنعها.

له: إن في خروجها تفويت حقه، فيمنعها. ولنا: إن حقه إنما يظهر في النفل لا في الفرض.

(واعتبرنا إيصاء صبي بلغ، وكافر أسلم) وكان لكل منهما استطاعة إلى الحج، فماتا، (به) أي: بأن يحج عنهما، وهو متعلق بـ«إيصاء». (قبل وقته) أي: وقت الحج، والعامل فيه: «بلغ» و«أسلم». وقال زفر: لا يصح إيصاؤهما؛ لأن الحج لم يكن واجبًا عليهما لعدم أهليتهما، وبعدما [69ظ] صارا¹ أهلًا له لم يدركا وقت الحج.

¹ سنن الترمذي، المناسك، 4؛ سنن ابن ماجه، المناسك، 6.

² د: ونشترط.

³ صحيح البخاري، التطوع 19؛ صحيح مسلم، الحج 413.

⁴ ح: يستحل.

⁵ د: وشرط.

⁶ د - ولا يخرجن.

⁷ د: يتوسل.

⁸ د: ولا.

ولنا: إنهما كانا أهلاً للوجوب وقت الوصية، فيصح إيصاءهما بأن يحج عنهما في وقته؛ لعجزهما عنه.

(فصل) في وقت الحج ومواقيت الإحرام

الميقات: هو الوقت المحدود، استعير هنا للمكان.

(ويكره تقديم الإحرام على أشهر الحج: شوال، وذو القعدة، وعشر² ذي الحجة، ولم يكملوه) يعني: أشهر الحج عندنا كما هو المبيّن في المتن، وهذا البيان مروى عن النبي صلى الله عليه وسلم³. وقال مالك: ذو الحجة بكمالها من أشهر الحج؛ لقوله تعالى: ﴿الْحَجُّ أَشْهُرٌ مَّعْلُومَاتٌ﴾ [البقرة، 197/2]. والمراد: وقت الحج، وثلاثة أشهر إنما يكون إذا كمل ذو الحجة. وثمرة الخلاف تظهر فيما إذا لم يصم المتمتع ثلاثة أيام في الحج، حتى أتى يوم النحر، يجوز له أن يصوم ثلاثة أيام إلى آخر ذي الحجة عنده، خلافًا لنا.

اعلم أنّ كون هذه الأشهر وقتًا للحج ليس باعتبار أن كل أفعاله جائزة فيها، ألا يرى أن الوقوف وطواف الزيارة وغيرهما غير جائز في شوال، بل باعتبار أن بعض أفعاله يعتدّ به فيها دون غيرها، كما أن الآفاقي إذا قدم مكة في شوال، وطاف طواف القدوم، وسعى بعده؛ ينوب هذا السعي عن السعي الواجب في الحج، ولو فعل كذلك في رمضان لا ينوب عنه.

(وينعقد له) أي: الإحرام المتقدم ينعقد للحج، ويكره؛ لأنه لا يأمن في التقديم عن وقوع محذور. (ولا نجعله عمرة)، وقال الشافعي: ينعقد للعمرة لا للحج. وهذا الخلاف مبني على أن الإحرام ركن للحج عنده، فلا يجوز قبل وقته كالوقوف والطواف، وشرط لأدائه عندنا، فيجوز تقديمه على وقته، كتقديم الطهارة على وقت الصلاة. كذا في «شرح المصنف».

أقول: يفهم من قوله: «يكره»⁴ أن التقديم جائز عند الشافعي أيضًا، وليس كذلك، فلو⁵ قال: «ونجيز تقديم الإحرام مع الكراهة على أشهر الحج»؛ لكان أحسن، ومن قوله: «وينعقد له» أن انعقاده للحج وفاق، وليس كذلك؛ إذ الإحرام لا ينعقد للحج ولا للعمرة⁶ في قول، وإلى هذا أشار في «المنظومة»:

وباطلّ إحرامه بحجته قبل شهور حجه ومدته

وفي قول من الشافعي: ينعقد، حتى إنّ عمرة الإسلام تسقط به.

وفي عبارته تسامح آخر؛ لأن الإحرام لا يجعل عمرة، بل للعمرة، وحذف اللام في مثله غير متعارف؛ إذ لا يقال: جعلت هذا الثوب زيدًا، بمعنى: لزيد⁷. ولو قال: «ونجعله له لا للعمرة»؛ لكان أولى وضع الخلاف في الحج؛ إذ الإحرام بالعمرة يجوز اتفاقًا.

(ويحرم أهل المدينة، والعراق، والشام، ونجد، واليمن):

[1]. (من ذي الحليفة) وهو بضم الحاء المهملة، ميقات للمدنيين.

[2]. (وذات عرق) بكسر العين، وهو للعراقيين.

[3]. (والجحفة) وهو بضم الجيم وسكون الحاء المهملة، للشاميين.

[4]. (وقرن) بسكون الراء، وهو للنجديين.

[5]. (ويلملم) وهو لليمنيين.

(ويجوز تقديمه عليها) أي: تقديم الإحرام على المواقيت؛ لما روي أن ابن مسعود أحرم من الشام، وابن عمر أحرم من بيت

المقدس، بل هو أفضل إذا ملك على نفسه من الوقوع في المحذور.

(ونلزمه في القضاء به من الميقات، لا من حيث أحرم لو قدم) يعني: إذا قدم الإحرام على الميقات، ففسد حجه، فأراد أن

يقضيه في العام الآخر يحرم من الميقات عندنا. وقال الشافعي: يحرم من مكان إحرامه الأول؛ لأن القضاء يحكي الأداء.

1 ح: صار.

2 ح - عشر.

3 صحيح البخاري، الحج، 32؛ سنن الترمذي، الحج، 89 بمعناه.

4 د: ويكره.

5 ح: ولو.

6 د: للعمرة.

7 ح - بمعنى: لزيد.

ولنا: إنَّ تقديم الإحرام لم يكن واجبًا في أدائه حتى يجب رعايته في قضائه.
(ونمنع الآفاقي) وهو من كان خارج المواقيت **(إذا قصد مكة مطلقًا)**، أي: سواء قصد الحج، أو العمرة، أو التجارة، أو لم يقصد شيئًا **(من مجاوزتها)** أي: من أن يتجاوز المواقيت **(غير محرم)**. وقال الشافعي: يجوز له ذلك.
 اعلم أن المواقيت فناء للحرم، وهو فناء لمكة، وهي فناء للمسجد الحرام، وهو فناء للبيت شرفه الله، ومن قصد مكة لا يتجاوز من هذه الألفية غير محرم؛ تعظيمًا للبيت.
 قيّد بـ«الآفاقي»؛ لأنه يجوز للمكي ولمن كان داخل الميقات أن يدخل مكة بلا إحرام عن ميقاتها، إلا إذا قصد الحج أو العمرة.

ويُقد بقوله: «إذا قصد مكة»؛ لأن الآفاقي إذا قصد موضعًا من الحلال يجوز له أن يتجاوز الميقات غير محرم.
 له: قياس الآفاقي على المكي.

ولنا: قوله صلى الله عليه وسلم: «لا يتجاوز الميقات أحدٌ إلا محرّمًا»¹، وإنما خص منه² المكي ومن كان داخل الميقات؛ لأنه يكثر دخولهم مكة لحاجتهم، وفي إيجاب الإحرام كل مرة حرج، بخلاف ما إذا قصد الحج أو العمرة؛ لأنه نادر الوقوع.
(فإن جاوز) عن الميقات بلا إحرام **(نلزمه بدم)**. هذا تفريع للمسألة السابقة؛ لأن الآفاقي كان ممنوعًا عن المجاوزة عندنا، فإذا جاوز لزمه دم جبرًا لجنائته. والشافعي لا يلزمه بدم؛ لجواز مجاوزته عنده.
(وإن دخلها) أي: مكة **(فبحجّة أو عمرة)** أي: فنلزمه³ بحجّة أو عمرة تعظيمًا للبيت لله. وقال الشافعي: لا يلزمه شيء؛ لأن الله تعالى لم يوجب بدخول مكة أحد النسكين، ولم يوجب الداخل على نفسه أيضًا.

(وألزمتنا القارن [70] بعد المجاوزة به، لا بدمين) يعني: من جاوز الميقات غير محرم، ثم أحرم، ونوى القارن؛ فعليه دم واحد عندنا، ودمان عند زفر؛ لأنه أدخل النقص في الإحرامين، فيجب عليه دمان.
 ولنا: إنّه لم يقع منه جنائية على إحرامين حتى يؤخذ بدمين، بل وقع جنائية واحدة، وهي المجاوزة غير محرم، فيجب عليه دم.
(ولو عاد بعد إحرامه بحجّة أو عمرة ملبيًا) يعني: إذا جاوز الميقات غير محرم، ووجب⁴ عليه الدم، ثم أحرم بحجّة أو عمرة، وعاد إلى الميقات ملبيًا، **(وهي)** أي: التلبية **(مع العود شرط)** في سقوط الدم عنه عند أبي حنيفة. وقالوا: بمجرد العود يسقط الدم. وهذه الجملة الاسمية وقعت معترضةً بين «لو» وجوابها⁵.

لهما: إنَّ الواجب كان الإحرام عند الميقات لا التلبية، وقد تدارك ما وجب عليه، ألا يرى أنه لو أحرم قبله، فجاوز محرّمًا غير ملبٍ؛ لم يلزمه شيء؟
وله: إنَّ التلبية للإحرام كالتحرمة للصلاة، فلا يكون متداركًا ما فاته بمجرد العود، بخلاف ما إذا أحرم⁶ قبله؛ لأنه قضى حقّه بتعظيمه بالإحرام والتلبية.

(أو عاد) إلى الميقات بلا إحرام، **(فأحرم منه، أو عاد بعد إحرامه قاضيًا من عامه)** يعني: إذا جاوز عن الميقات بلا إحرام⁷، فأحرم من داخله بحجّة أو عمرة، ثم أفسد ذلك الإحرام، ثم قضاها بإحرام عند الميقات. **(أسقطناه)** وهو جواب «لو»، يعني: يسقط عنه الدم عندنا في هذه المسائل الثلاث، خلافًا لزفر.
 الخلاف في المسألة الأولى فيما إذا عاد قبل أن يشرع في الطواف؛ لأنه إن عاد بعده لا يسقط عنه الدم اتفاقًا؛ لأنه لا يمكنه التدارك بعد الشروع في أفعال الحج، فنقررت الجنائفة، ولزم الدم عليه.
 قيّد بقوله: «بعد إحرامه»؛ لأنه لو عاد إلى الميقات بغير إحرام وأحرم عنده؛ يسقط عنه الدم اتفاقًا.

¹ مصنف ابن أبي شيبة، 702/8 بمعناه مرسلًا.

² ح - منه.

³ د: فيلزمه.

⁴ ح: وجب.

⁵ د: وجوابه.

⁶ ح: حرم.

⁷ د: غير محرم.

اعلم أنّ في المسألة الثانية . وهي قوله: «أو عاد فأحرم منه» اشتباهًا؛ لأنه ذكر في «المصنّى» و«الحقائق»: أن خلاف زفر فيما إذا أحرم داخل الميقات؛ إذ لو لم يحرم وعاد إليه قبل دخول مكة وأنشأ الإحرام منه؛ يسقط عنه الدم اتفاقًا.

له: إنّ الدمّ لزم بالجناية، وهي ترك إنشاء الإحرام من الميقات، ولم ينشأ الإحرام منه، ولم يتدارك ما فات، وتلك الجناية لا ترتفع¹، بالعود كما لو أفاض قبل الغروب من عرفة، ثم عاد بعد الغروب إليها. كذا في «المحيط». وفي هذا دلالة ظاهرة على أن المسألة الثانية اتفاقية.

ولنا في المسألة الأولى: إنّ تدارك ما فات من تعظيم بيت الله بالعود إلى الميقات، فتسقط² عنه الجناية. وفي الثانية³: أنه تدارك بالعود ما ترك في وقته بالقضاء، كمن سها في صلاته، فقطعها، ثم أعادها بلا سهو. وإنما لم يتدارك بالعود ما فات في عرفة من الوقوف لذهاب وقته، حتى لو عاد قبل الغروب سقط عنه الدم.

(ولا يسقط) دُمّ المجاوزة (بعد الشروع في الطواف) كما سمعت في المسألة السابقة.

(ولو عاد بعد دخول مكة) يعني: من قصد مكة، وجاوز الميقات بغير إحرام؛ فعليه بدخول مكة حجةً أو عمرةً، فإذا عاد إلى الميقات سواءً كان الميقات الذي جاوزه أو ميقاتًا آخر، **(فأحرم بالفرض)** أي: بحجة أو عمرة كانت واجبة عليه قبل تلك السنة. وفيه إشارة إلى أنه لم يحرم بما لزمه بالمجاورة ولا بالقضاء. **(من عامه؛ أسقطنا ما لزمه بالمجاورة مطلقًا)** من الدم وأحد النسكين الواجب بدخول مكة. وقال زفر: لا يسقط عنه شيء مما لزمه.

اعلم أنّ الأفاقي لو جاوز الميقات، فدخل مكة مرارًا بغير إحرام؛ لزمه لكل مرة حجةً أو عمرةً، ثم إذا عاد، فأحرم بالفرض من عامه؛ يسقط عنه ما لزمه لأجل المجاوزة الأخيرة؛ لأن الواجب قبل الأخيرة صارت دينًا، فلا يسقط إلا بتعيين.

ويُعدّ بـ«العود»؛ لأنه لو أحرم بالفرض من عامه، ولم يعد إلى الميقات؛ لا يسقط عنه الدم اتفاقًا، ولكن يسقط عنه أحد النسكين عندنا، خلافًا لزفر.

ويُعدّ بقوله: «بعد دخول مكة»؛ لأنه لو عاد قبله، فأحرم من الميقات؛ يسقط عنه الدم عندنا، خلافًا لزفر كما عرف في المسألة السابقة.

ويُعدّ بقوله: «الفرض»؛ لأنه لو أحرم بحجة أو عمرة لزمته بدخول مكة في تلك السنة؛ يسقط عنه أحد النسكين اتفاقًا.

ويُعدّ بقوله: «من عامه»؛ لأنه لو أقام بمكة، وأخره إلى السنة الثانية، فأحرم بالفرض؛ لم يجزه عما لزمه اتفاقًا.

له: إنّ ما وجب عليه بدخول مكة صار دينًا في ذمته، فأدأ الفرض في ذلك العام لا ينوب عنه، كما أن الحجة أو العمرة المنذورة لم تكن مؤداة بالفرض، وكما أنه إذا تحوّلت تلك السنة، وأدى الفرض فيها.

ولنا: إنّ تدارك المتروك في وقته؛ لأن الواجب عليه **[70ظ]** تعظيم تلك البقعة بالإحرام، وقد فعله⁴، فيتأدى ما وجب عليه بالدخول بأداء الفرض، كما أن صوم الاعتكاف المنذور في شهر رمضان يتأدى بصوم رمضان، بخلاف المنذورة؛ لأنها وجبت بإحرام مقصود، فلا يتأدى بغيره، وبخلاف ما إذا تحوّلت السنة؛ لأنها تقررت في ذمته قضاءً، كتخية المسجد تسقط بأداء الوقتية قبل الخروج من المسجد، وإذا⁵ خرج، ثم عاد، وأدرك الوقتية؛ لا يسقط عنه تخية المسجد.

(ولو أهل) أي: رفع صوته بالتلبية في ابتداء الإحرام **(بحجتين)** معًا، أو بحجة ثم بحجة **(ألزمه)** محمد **(بحجة، وهما بهما)**

أي: صاحبه ألزمه بحجتين. وكذا لو أهل بعمرتين.

ويُعدّ بـ«حجتين»؛ لأنه لو أحرم بحجة ثم بعمره؛ يكون قارئًا إن لم يأت بشيء من أفعال الحج، لكنه يكون مسيئًا حيث أدخل العمرة على الحج، وهو غير مسنون.

ولو أحرم بعمره، ثم بحجة؛ لزمته اتفاقًا، فيكون قارئًا محسنًا.

له: إنّ الإحرام شرطٌ شرعٌ للأداء كالتحرمة، ولو أحرم بصلاطين لم تكن⁶ ملزمة لهما، فكذا الإحرام.

¹ ح: لم يرتفع.

² د: فيسقط.

³ ح: الثالثة.

⁴ ح - وقد فعله.

⁵ د: فإذا.

⁶ د: يكن.

لهما¹: إن الإحرامَ التزامٌ محضٌ في الذمة، ومنفصلٌ عن الأداء، فتلزم في ذمته حجتان، كما لو نذر بهما، بخلاف التحريمة بصلاتين²؛ لأنها إنما تصح متصلة بالأداء، ولا يتصور الأداءان معاً، ولهذا لم تجز التحريمة بهما.

(لكن رفض هذه عند الشروع في الأخرى) يعني: عند أبي حنيفة لا: يرتفع إحدى الحجتين إلا بعد الشروع في الأخرى؛ لأنه تعدّر جمعهما باعتبار الأداء، فيكون ارتفاع إحداهما عنده. (فيتحلل لو أحصر قبله) يعني: لو كان من أهل بحجنتين محصرًا قبل الشروع في الأداء يتحلل (بدمين). هذا تفريع لقول أبي حنيفة.

(ويحكم به للحال) يعني: عند أبي يوسف كما فرغ من إهلال الإحرامين يصير رافضًا للأخرى؛ لأن أداءهما معاً ممتنع، فيرتفع إحداهما عقيب الإهلال، كمن حلف على مسّ السماء يحنث عقيب يمينه لتعذره.

(فيتحلل بدم، ويحرم من هو داخل) بالنصب، أي: في داخل (الميقات من الحل) وهو بكسر الحاء: المواضع التي بين المواقيت والحرم، فيحرم من أي موضع منها. (ومن بمكة) أي: يحرم من هو ساكنٌ فيها (للعمره من الحل، وللحج من الحرم)؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم أمر كذلك³.

(فصل) في الإحرام

(وإذا أراد الإحرامَ تَوْضُأً، ولو اغتسل كان أفضل) لكون النظافة فيه أكثر. (وليس ثوبين جديدين، أو غسيلين) غير مخيطين، (إزارًا ورداءً)؛ لأنه صلى الله عليه وسلم فعل كذا⁴، والجديد أفضل؛ لأنه أقرب إلى الطهارة.

(ويجزئ ثوب ساتر للعورة⁵) أي: يكفي الإزار.

(وتطيب إن وجد، وكرهه بما يبقى عينه) يعني: كره محمد أن يتطيب بطيب يبقى عينه على المحرم بعد إحرامه؛ لأن بقاء عين الطيب بعد الإحرام كالنطيب فيه. وقالوا: لا يكره؛ لقول عائشة رضي الله عنها: «كنت أطيّب رسول الله صلى الله عليه وسلم عند إحرامه، ثم أرى ويبض الطيب⁶ أي: لمعانه. في رأسه ولحيته بعد إحرامه بثلاثة أيام».

(وصلّى ركعتين، فقال: اللهم إني أريد الحجّ، فيسره لي، وتقبله مني) لما روي أنه صلى الله عليه وسلم فعل كذا⁷، إنما ورد سؤال التيسير في الحج دون الصلاة؛ لأن الحج عسيرٌ؛ لتفرق أركانه على الأزمنة والأمكنة، فلا يؤمن فيها من اعتراض مانع، وأداء الصلاة يسيرٌ عادةً.

(وإن نواه) بالقلب⁸ من غير أن يتلفظ شيئًا (أجزأه)؛ لأن الفرض هو النية، وهو عمل القلب، ولا اعتبار باللسان، وكان القياس أن لا يتأدى الحج إلا بنية فرضيته؛ ليمتاز بها عن نافلته، كما في الصلاة، إلا أنهم استحسّنوا، وجعلوا إطلاق النية فيه تعيينًا بدلالة العرف؛ إذ الظاهر من حال الإنسان ألا ينوي النفل، وعليه حجّ فرضٍ.

(ثم يلبي عقبه) يعني: يقول بعد الركعتين: (لبيك اللهم لبيك، لبيك لا شريك لك لبيك، إن الحمد والنعمة لك والملك، لا شريك لك لبيك). وهذه الألفاظ منقولة هكذا عن النبي صلى الله عليه وسلم⁹. ومعنى «لبيك»: أجب لطاقاتك إجابة بعد إجابة. روي أن إبراهيم عليه السلام¹⁰ لما بنى البيت شرفه¹¹ الله، قال الله¹² تعالى: ﴿وَأَذِّنْ فِي النَّاسِ بِالْحَجِّ يَأْتُوكَ رِجَالًا وَعَلَى كُلِّ ضَامِرٍ﴾ [الحج، 27/22]، فوقف في المقام، ونادى: يا عباد الله، حجوا بيت الله، وأجيبوا داعي الله، فأبلغ الله صوته الناس في

1 ح: ولهما.

2 د: بالصلاتين.

3 صحيح البخاري، الحج 7؛ صحيح مسلم، الحج 11، 12.

4 صحيح البخاري، الحج، 22.

5 د: العورة.

6 صحيح البخاري، الغسل 12؛ الحج، 17؛ صحيح مسلم، الحج 33.

7 صحيح مسلم، الحج 21، 147؛ فيه ذكر صلاته دون الدعاء. ولم نجد هذا الدعاء إلا في المبسوط للسرخسي، 4/4.

8 د - بالقلب.

9 صحيح البخاري، الحج 25؛ صحيح مسلم، الحج 19، 20.

10 ح: الصلاة.

11 ح: شرف.

12 د - الله.

أصلا بآبائهم، فأجابوه بقولهم: «لبيك اللهم لبيك»، وكان ذلك أول التلبية، فمن أجاب منهم مرة حج مرة، ومن أجاب مرتين حج مرتين، وعلى هذا، ومن لم يجب لم يحج¹.

أما قوله: «إن الحمد»؛ فمروي بكسر الهمزة وفتحها، لكن الكسرة أولى؛ لأنه بفتحها يكون بناءً على ما تقدم؛ لكونه علماً له، فلا يكون فيه كثرة مدح مقصود، وعلى تقدير كسرتها يكون للابتداء.

ولا يقال: [71و] بكسرتها يكون تعليلاً أيضاً كما جاء كذا في قوله صلى الله عليه وسلم: «إنها من الطوافين»²؛ لأن استعمالها في الابتداء أكثر.

(ويجوز الزيادة على تلك الألفاظ)؛ لأن المقصود هو التناء، روي أن ابن عمر رضي الله عنهما زاد عليها، وقال: لبيك وسعديك، والخير كله في يدك³.

قيد بـ«الزيادة»؛ لأن النقص عنها مكروه اتفاقاً.

(وإذا نوى ولي فقد أحرم) أي: صار محرماً، وانعقاد الإحرام مختص بالتلبية عند أبي يوسف، وينعقد عند أبي حنيفة بكل ما⁴ ذكر فيه تعظيم الله تعالى فارسياً كان أو عربياً، وكذا عند محمد، فإنه لم يجز التحريم بغير العربية، لكنه أجاز التلبية به؛ لأن باب الحج أوسع، حتى قام غير الذكر كتقليد البدن مقام الذكر.

(ولا نكتفي بالنية) يعني: إذا اقتصر على النية، ولم يلب؛ لا ينعقد إحرامه عندنا. وقال الشافعي: ينعقد؛ لأن الحج تضمن ترك الأشياء، فشابه الصوم، فيحرم بمجرد النية.

ولنا: إن الحج تضمن أشياء مختلفة فعلاً وتركاً، فأشبه الصلاة، فلا يحصل إلا بالذكر في أوله.

(فليتك الرفث) أي: ليجنب⁵ الجماع. وقيل: الرفث: ذكر الجماع بحضرة⁶ النساء. روي أن ابن عباس رضي الله عنهما أنشد في إحرامه شعراً⁷:

وَهَنَّ يَمْشِينَ بِنَا هَمِيْسًا ❁ إِنَّ يَصْنُدُقِ الطَّيْرُ نَبْكَ لَمِيْسًا

فقيل له: أترفت وأنت محرّم؟ فقال: إنما الرفث بحضرة النساء.

(والفسوق) وهي المعاصي، فإنها أشد حرمة في الإحرام، (والجدال) وهو المخاصمة والسباب؛ لقوله تعالى: ﴿فَمَنْ قَرَضَ فِيهِنَّ الْحَجَّ فَلَا رَفَثَ وَلَا فُسُوقَ وَلَا جِدَالَ﴾ [البقرة، 197/2]، والنفي بمعنى النهي.

وفي «المحيط»: إذا رفث يفسد حجه، وإذا فسق أو جدال لا؛ لأن الجماع من محظورات الإحرام.

(والطيب) لقوله صلى الله عليه وسلم: «الحاج الشعث الثقل»⁸، وهو بكسر العين بمعنى: مغبر الرأس، والتفل بكسر الفاء: تارك الطيب. (والادهان)؛ لأن استعمال الدهن يزيل الصفة المذكورة، (والغسل بالخطمي)؛ لأنه يقتل الهوام، (والحلق مطلقاً) أي: من الرأس والبدن، (وتغطية الرأس) لئله صلى الله عليه وسلم عنها⁹.

(ونمنعه عن تغطية الوجه). وقال الشافعي: يجوز للمحرم أن يغطي وجهه؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «إحرام الرجل في رأسه، وإحرام المرأة في وجهها»¹⁰، ولو لم يجز للرجل تغطية الوجه؛ لما خصص ذكر المرأة.

¹ د - ومن لم يجب لم يحج.

² سنن أبي داود، الطهارة 38؛ مسند أحمد بن حنبل، 303/5.

³ صحيح مسلم، الحج 19؛ سنن أبي داود، المناسك 26.

⁴ ح - ما.

⁵ د: ليجتنب.

⁶ د: في حضرة.

⁷ مصنف ابن أبي شيبة، 468/8.

⁸ سنن الترمذي، تفسير القرآن، 4؛ سنن ابن ماجه، المناسك 6.

⁹

¹⁰ سنن الدارقطني، 363/3؛ السنن الكبرى للبيهقي، 47/5، موقوفاً على ابن عمر. وأخرج الدارقطني مرفوعاً بلفظ «ليس على المرأة إحرام إلا في وجهها»، سنن الدارقطني، 363/3.

ولنا: إن تغطية الوجه إذا لم يجز للمرأة مع أن في كشفها فتنَةٌ؛ فبالحرّي ألا يجوز للرجل، والغرض مما رواه بيان أنّ تغطية الرأس لا يجوز للرجل، وتجزز للمرأة.

(ولا يقتل صيد البر) لقوله تعالى: ﴿لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ﴾ [المائدة، 95/5].

قيد بـ«البر»؛ لأن صيد البحر حلال للمحرم، سواء كان مأكولاً أو لا؛ لقوله تعالى: ﴿أَحْلًا¹ لَكُمْ صَيْدُ الْبَحْرِ﴾ [المائدة، 96/5].

(ولا يشير إليه) أي: إلى الصيد الحاضر بيده أو غيرها، (ولا يدل عليه) أي: على الصيد الغائب بقوله: هو في مكان كذا؛ لما روي أن أبا قتادة كان حلالاً اصطاد حمار وحشٍ وأصحابه محرمون، فسألوا النبي صلى الله عليه وسلم عن لحمه، فقال: «هل أشرتُم؟ هل دلتُم؟» فقالوا: لا، فقال: «فكلوا»².

(ولا يلبس قميصاً، ولا عمامة، ولا قلنسوة، ولا قباء، ولا خفين)؛ لنهاه صلى الله عليه وسلم عن لبس هذه الأشياء³. (فإن فقد النعلين، قطعهما⁴ أسفل من الكعبين) أراد بالكعب⁵: العظم الذي في وسط القدم عند مقعد⁶ الشراك، لا الكعب المذكور في الوضوء⁷.

(ولا مصبوغاً بورس) وهو نبت أصفر طيب الرائحة، (ولا زعفران إلا أن يكون غسلياً)، بحيث لا تخرج رائحته، فيجوز للمحرم لبسه حينئذٍ؛ لأن المنع كان لطيبه لا لونه.

(ونمنعه من المعصفر) أي: من المصبوغ بالعصفر؛ لأن له رائحة طيبة. وقال الشافعي: لا بأس للمحرم بلبسه؛ لأنه لا طيب له، وكذا مذهبه فيما يشبهه مما ينبت بنفسه، كالبنفسج والقيصوم ونحوهما.

(ويغتسل ويستحِم) المحرم؛ لأن عمر رضي الله عنه اغتسل وهو محرّم. (ولم يكرهوا شد الهيمان) وهو بكسر الهاء: ما يوضع فيه الدرهم، ويشد المسافر في وسطه، (مطلقاً)، أي: سواء فيه نفقة نفسه أو نفقة غيره. وقال مالك: يكره إذا كان فيه نفقة غيره؛ لأنه يشبه اللبس، إلا أن في نفقة نفسه ضرورة، فلم يكره، ولا ضرورة في نفقة غيره.

ولنا: إن هذا كاشتغال الإزار، وليس بلبس، فلا يكره.

فإن قلت: لو لم يكن الشدّ لبساً؛ لما كره شدّ الإزار بحبل، مع أنّه مكروه إجماعاً.

قلت: ثبت كراهته بالحديث، وهو أنه صلى الله عليه وسلم رأى رجلاً شدّ فوق إزاره حبلاً، فقال: «ألقي ذلك الحبل»⁸.

(والاستظلال بالمحمل والفسطاط) وهي الخيمة الكبيرة. وقال مالك: يكره؛ لأنه يشبه تغطية الرأس.

ولنا: ما روي أن عمر رضي الله عنه كان يلقي على شجرة ثوباً، ويستظل⁹، وأنّ عثمان ضرب له فسطاطاً بمنى¹⁰، والممنوع؛ ما يمس رأسه بالستر.

(ويكثر من التلبية جهراً عقيب الصلوات، وكلما علا شرفاً) [71ظ] بفتحيتين، أي: مكائماً مرتفعاً، (أو هبط وادياً، أو لقي

ركباً) جمع راكب، (وبالأسحار) وهو معطوفٌ على قوله: «عقيب»؛ لما روي أن الصحابة رضي الله عنهم كانوا يلبون جهراً في هذه الأحوال¹¹.

¹ د: وأحل.

² صحيح البخاري، الإحصار 13، 14؛ صحيح مسلم، الحج 56 بمعناه.

³ صحيح البخاري، الحج 20؛ صحيح مسلم، الحج 1، 2.

⁴ د: فقطعهما.

⁵ د: من الكعب.

⁶ ح: مقعد.

⁷ ح: الضوء.

⁸ مسند الشافعي، ص 119؛ السنن الكبرى للبيهقي، 51/5 بمعناه بإسناد منقطع.

⁹ مصنف ابن أبي شيبة، 416/8.

¹⁰ مصنف ابن أبي شيبة، 449/8، وفيه ذكر الأبطح مكان منى.

¹¹ لم نجده بهذا اللفظ، وقد روي عن السلف يستحب التلبية في أربعة مواضع، انظر: مصنف ابن أبي شيبة، 51/8.

(فصل) في صفة أفعال الحجّ

(وإذا دخل مكة ابتداءً بالمسجد) الحرام؛ لأن المقصود . وهو البيت . فيه، فيدخل ملبياً من باب بني شيبعة، (فإذا شاهد الكعبة كبر، وهلل، وابتدأ بالحجر) الأسود، (فاستقبله، وكبر، ورفع يديه) حذاءً منكبيه (كالصلاة) أي: كما يرفع فيها، ولكن يكون بطون كفيه إلى الحجر. (وقبله إن تمكن) من تقبله¹؛ لما روي أنه صلى الله عليه وسلم قبّل الحجر الأسود، ووضع شفتيه عليه، وبكى طويلاً². (وإلا) أي: إن لم يتمكن وضع يديه على الحجر، فقَبَلها؛ لما روى عمر رضي الله عنه: «أن النبي صلى الله عليه وسلم فعل كذا»³، وإن لم يتمكن منه أيضاً مسّ الحجر بعضاً في يده، فقَبَله؛ لما روي «أنه صلى الله عليه وسلم يطوف بالبيت، ويستلم الحجر بمحجن غيره، ويقبل المحجن»⁴، وإن عجز عنه أيضاً لكثرة الازدحام (أشار إليه) أي: إلى الحجر بيديه، يجعل باطنهما نحو الحجر كأنه يضعهما عليه؛ لأن استلام الحجر سنة، وترك الأذى واجب.

أقول: تقرر لك مما سبق أنّ المصنف طي من البين الجزاءين المرتبين.

(ثم يطوف الآفاقي طواف القدوم سبعة أشواط) أراد بالشوط هنا: طوف البيت مرة.

قيد بـ«الآفاقي»؛ لانعدام القدوم في أهل مكة.

(ولم يوجبه) أي: طواف القدوم، ويسمى طواف التحية، وهو سنة عندنا، وواجب عند مالك، حتى يجب بتركه الدم على الآفاقي عنده؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «من أتى البيت؛ فليحيه بالطواف»⁵، والأمر للوجوب. ولنا: إن الله تعالى أمر بالطواف بقوله: ﴿وَلْيَطُوفُوا﴾ [الحج، 29/22]، والأمر لا يقتضي التكرار، فلما أريد منه طواف الزيارة بالإجماع انتفى وجوب غيره، وفيما رواه دلالة على سنته؛ لأنه سماه تحيةً، وهي اسم الإحسان⁶ يتدئ به الإنسان متطوعاً كالسلام، وهو سنة لا واجب، فكذا الطواف.

فإن قيل: الأمر في قوله تعالى: ﴿وَإِذَا حَيَّيْتُمْ بِتَحِيَّةٍ فَحَيُّوا بِأَحْسَنَ مِنْهَا﴾ [النساء، 86/4] وارد بلفظ التحية، مع أن رد السلام واجب؟

قلنا: المأمور به أحسن التحية، وهو ليس بواجب. سلمناه، لكن التحية ليست في معناها، بل ذكرت للمشكلة.

(فيبتدئ⁷ من الحجر) هذا بيانٌ لكيفية الطواف على وجه السنة. (يميناً) أي: من يمين الحاج (مما يلي الباب وراء الحطيم) ويسمى الحجّ، وهو الآن . على ما شاهدناه⁸ . محوطٌ ممدود⁹ على صورة نصف دائرة خارج عن جدار البيت من جهة الشام تحت الميزاب.

وإنما قال: «وراء الحطيم»؛ لقول ابن عباس رضي الله عنهما: «من طاف بالبيت؛ فليطف من وراء الحطيم»¹⁰، ولما روته عائشة رضي الله عنها عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: «الحجّ من البيت»¹²، لكن كله ليس من البيت، بل مقدار ستة أذرع منه؛ لحديث¹³ عائشة رضي الله عنها: أنه صلى الله عليه وسلم قال: «ستة أذرع من الحجّ من البيت، وما زاد ليس من البيت»¹⁴ رواه مسلم.

1 د: قبلته.

2 سنن ابن ماجه، المناسك 27؛ صحيح ابن خزيمة، 212/4.

3 صحيح مسلم، الحج 246.

4 صحيح مسلم، الحج 257؛ سنن ابن ماجه، المناسك 28.

5 لم أجده في كتب الروايات إلا في الهداية للمرغيناني، 139/1. وقال الزيلعي في نصب الراية (51/3): غريب جداً.

6 د: لإحسان.

7 د: فيبدأ.

8 ح: شهدناه.

9 د: محوطة ممدودة.

10 صحيح البخاري، فضائل الصحابة 56، وفيه ذكر الحجّ مكان الحطيم.

11 د: روت.

12 مصنف عبد الرزاق، 127/5؛ صحيح ابن خزيمة، 222/4، موقوفاً عن ابن عباس.

13 ح: يحدّث.

14 صحيح مسلم، الحج 401، دون لفظ: «وما زاد ليس من البيت».

ولو لم يطف بالحطيم، بل دخل الفرجة التي بينه وبين البيت؛ لا يجزيه، ويعيد الطواف كله، ولو لم يعد، بل طاف الحجر وحده أجزاءً. والحطيم وإن ثبت أنه من البيت بهذا الخير، لكن لم تجز الصلاة باستقباله وحده؛ لأن فرضية الاستقبال ثبتت¹ بنص الكتاب، ولم نكتف² فيه بما ثبت بالخير أخذًا بالاحتياط.

(وقد اضطبع من قبل) أي: قبل الشروع في الطواف. الاضطباع: أن يجعل رداءه تحت إبطه الأيمن، ويلقيه على كتفه الأيسر. **(ويومل)** من الحجر إلى الحجر، وهو أن يحرك كتفيه في مشيته كهيئة مبارز تبختر بين الصفيين **(في الثلاثة الأول)**، أي: في ثلاثة أشواط من أوائل تلك السبعة؛ لما روي «أنه صلى الله عليه وسلم رمل في الثلاثة الأول»³، فكان سببه إظهار الجلادة للمشركين لطعنهم المسلمين بالضعف من حمى يثرب، وبقي الحكم بعد زوال سببه. فإن زاحمه الناس في الرمل توقف قائمًا، فإذا وجد مسلماً رمل؛ لأنه لا بدل له، بخلاف استلام الحجر، حيث لا يتوقف فيه عند الازدحام؛ لأن الإشارة إليه بدل له.

(ثم يمشي على هينته) بكسر الهاء، أي: سكينته، **(ويستلم الحجر)** أي: يتناوله باليد أو بالقبلة **(إن تمكن)** من استلامه **(كلما مر به)**؛ لأن هذه الأشواط كركعات الصلاة، وكما تستفتح⁴ الركعة بالكبيرة يستفتح الشوط بالاستلام، **(ويختم به)** أي: بالاستلام **(الطواف)**؛ لأنه صلى الله عليه وسلم فعل كذلك⁵.

(ونعبره) أي: الطواف **(عرياً وبغير طهر)** سواءً كان حدثاً أصغر أو أكبر، **(ومنكوساً)** وهو أن يبدأ الطواف من اليسار، **(ويعاد)** ذلك الطواف الناقص **(إن أمكن، وإلا)** أي: وإن لم يمكن الإعادة **(جبر بالدم)**. وقال الشافعي: لا يعتبر؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «طواف البيت صلاة»⁶، فيشترط له ما يشترط للصلاة من اللبس، والطهارة، والترتيب.

ولنا: إطلاق قوله تعالى: ﴿وَلْيَطَّوَّفُوا بِالْبَيْتِ الْعَتِيقِ﴾ [الحج، 29/22]، والزيادة عليه بخبر الواحد غير جائزة؛ [72و] لئلا يلزم نسخ الكتاب به، وأما تشبيهه بالصلاة فيما رواه؛ فمن حيث الثواب.

وفائدة الخلاف تظهر في أن فائت الحج يتحلل بالطواف عارياً عندنا، ولا يتحلل عنده. **(ثم يصلي)** أي⁷: بعد الفراغ من أفعال⁸ الطواف **(ركعتين عند المقام)** أي: مقام إبراهيم، **(أو حيث تيسر من المسجد ونوجبهما)** أي: الصلاة المذكورة. وقال الشافعي: لا تجب؛ لأنها ليست من الطواف، ولا دليل على وجوبها، فتكون سنةً. **ولنا:** قوله صلى الله عليه وسلم: «ليصل الطائف لكل أسبوع ركعتين»⁹، والأمر للوجوب.

(ويجيز الوصل بين الأسابيع) الأسبوع: سبعة أشواط، والأسابيع جمعه. **(إذا صدر عن وتر، وكراهها)** يعني: إذا جمع بين ثلاثة أسابيع، أو خمسة، أو سبعة من غير أن يصلي ركعتين بين الأسبوعين؛ لا يكره عند أبي يوسف، ويكره عندهما. **قيد بقوله:** «عن وتر»؛ لأن الأسابيع لو كانت شففاً يكره الوصل بينها¹⁰ اتفاقاً؛ لأن الأصل في الطواف الوتر، كما أن الأصل في الصلاة الشفع.

له: ما روي: أن عائشة رضي الله عنها طافت ثلاثة أسابيع، ثم صلت لكل أسبوع ركعتين¹¹. **ولهما:** قوله صلى الله عليه وسلم: «ليصل الطائف»¹ الحديث، وما² رواه يحتمل أنها فعلت كذا لثبوت الكراهة في وقت الصلاة.

¹ د: ثبت.

² ح: يكتف.

³ مسند أحمد بن حنبل، 75/2.

⁴ ح: يستفتح.

⁵ مصنف عبد الرزاق، 32/5، موقوفاً على إبراهيم.

⁶ سنن النسائي، المناسك 136؛ صحيح ابن حبان، 143/9.

⁷ د - أي.

⁸ د - أفعال.

⁹ صحيح البخاري، الحج 68، من فعله.

¹⁰ ح: بينهما.

¹¹ مصنف عبد الرزاق، 65/5.

أقول: الجواز لا ينافي الكراهة، ولا بُدُّ أن يقدر لفظاً: بلا كراهة في قوله: «ويجيز» حتى يخالف قوله: «وكراهه». ولو قال: «ولم يكره الوصل»؛ لكان أولى، ولم يحتج إلى قوله: «وكراهه».

(ثم يعود، فيستلم) لما روي أنه صلى الله عليه وسلم لما صلى ركعتين؛ عاد إلى الحجر، فاستلمه³. (ويخرج إلى الصفا، فيصعد عليه) قدر ما عاين البيت؛ لأنه هو المقصود من الصعود، (ويستقبل البيت، ويكبّر، ويرفع يديه، ويهلل، ويصلي على النبي صلى الله عليه وسلم، ويدعو) لم يذكر الدعاء فيما سبق عند استلام الحجر؛ لأنه كان ابتداء العبادة، وذكر الدعاء⁴ ههنا؛ لأنه حالة اختتامها، والدعاء فيها أليق، كما في الصلاة.

(ثم ينحط) أي: ينزل من الصفا (على هينته) أي: سكونه ووقاره، قاصداً (نحو المروة، فإذا وافى الميلين) أي: بلغ أحدهما، يقال للأعلام المبنية في طرق مكة: أميال، وهما شيخان منحوتان من نفس جدار المسجد الحرام، علامتان لموضع السعي في ممر بطن الوادي بين الصفا والمروة، ولم يبق اليوم بطن الوادي؛ لأن السيول كَبَسَتْهُ. (الأخضرين) وهذا التوصيفُ على طريق التغليب؛ لأن أحد الميلين أخضر والآخر أحمر. (سعى) أي: هرول (بينهما سعيًا، ثم مشى إلى المروة، ففعل كالصفا) يعني: يفعل في المروة كما فعل⁵ في الصفا من الصعود، واستقبال القبلة، والتكبير، وغيرها. وفي⁶ «التحفة»: الأفضل للحاج ألا يسعى بعد طواف القدوم؛ لأن السعي واجب لا يليق أن يكون تبعًا للسنة، بل يؤخره إلى طواف الزيارة؛ لأنه ركنٌ، واللائق للواجب أن يجعل تبعًا للعرض.

(وقد تم شوط) يعني: ذهابه من الصفا إلى المروة شوطًا، وكذا رجوعه من المروة إلى الصفا شوطًا. وفي⁷ قوله: «قد تم شوط» نفي لقول الطحاوي من أن الشوط الواحد هو الذهاب من الصفا إلى المروة مع رجوعه إلى الصفا. (فيطوف سبعة أشواط، يبدأ بالصفا، ويختم بالمروة) يعني: يبدأ الشوط⁸ الأول من الصفا، ويختم الشوط السابع بالمروة، ويسعى في كل شوط بين الميلين. إنما يبدأ بالصفا؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «ابدؤوا بما بدأ الله تعالى»⁹. (ونجعل) أي: السعي بين الصفا والمروة (واجبًا لا ركنًا) يعني: قال الشافعي: إنه ركن؛ لما روي أنه صلى الله عليه وسلم قال: «اسعوا بين الصفا والمروة، فإن الله كتب عليكم السعي»¹⁰، والمكتوب يكون ركنًا.

ولنا: أن نقول: ما رواه دليلنا؛ لأنه خبر الواحد، وبه يثبت الوجوب لا الركنية؛ لأنها إنما تثبت بدليل مقطوع به. (ويمكث بمكة حرامًا) أي: محرّمًا؛ لأن المحرم بالحج لا يتحلل قبل الإتيان بأفعاله، (فيطوف بالبيت ما بدا له)، أي: كلما ظهر له قصد الطواف؛ لأنه يتطوع به كالصلاة، إلا أنه لا يسعى عقيب هذه الأطوفة في مدة مكثه بمكة؛ لأن التنفل بالسعي غير مشروع.

(فإذا كان اليوم السابع) من عشر ذي الحجة (خطب الإمام) وهو الخليفة أو نائبه (خطبة) واحدة بعد صلاة الظهر، (يعلم الناس فيها الخروج إلى منى، والصلاة بعرفة، والوقوف بعرفات، والإفاضة) أي: الرجوع من عرفات، (وعينًا للخطبة السابع) كما سبق بيانه، (والتاسع) وهو يوم عرفة، يخطب فيه بعرفات خطبتين يجلس بينهما، يعلم فيها ما يجب من الوقوف بمزدلفة، ورمي الجمار، والنحر، وطواف الزيارة، (والحادي عشر) يخطب فيه بمنى [72ظ] كما في اليوم السابع، يحمد الله تعالى على ما وفق من

¹ صحيح البخاري، الحج 68 من فعله.

² د: وفيما.

³ صحيح مسلم، الحج 147؛ مسند أحمد بن حنبل، 394/3.

⁴ ح: ادعاء.

⁵ ح: يفعل.

⁶ ح: في.

⁷ ح: في.

⁸ ح: بالشوط.

⁹ صحيح مسلم، الحج 147؛ سنن النسائي، مناسك الحج 163.

¹⁰ مسند أحمد بن حنبل، 421/6؛ صحيح ابن خزيمة، 232/4.

قضاء مناسك الحج، ويحذر الناس عن الخطايا¹، ويحثهم على الطاعات. (لا يوم التروية وعرفة والنحر). يعني: قال زفر: يخطب في الثامن والتاسع والعاشر متواليات؛ لأنها هي أيام الموسم واجتماع الناس، فالخطبة فيها أولى.

ولنا: إن أداء الأفعال واقع في اليوم الثامن والتاسع، فينبغي أن يخطب قبل يوم الأداء؛ ليكون الناس على شعور فيه، والخطبة الثالثة. وهو الشكر. بعد أداء المناسك أوفى وأليق.

(فإذا صلى فجر التروية بمكة) وهو اليوم الثامن، سمي تروية؛ لأن إبراهيم عليه السلام تفكر فيه أن رؤياه إلهي أو لا. (خرج إلى منى، وأقام بها إلى فجر عرفة، ثم يتوجه) من منى بعد طلوع الشمس أو قبله، لكن الأول أولى؛ لأنه صلى الله عليه وسلم فعل كذا². (إلى عرفات، ويقيم بها، فإذا زالت الشمس خطب، وعلم الناس الوقوف بعرفة). وإنما علم الوقوف في هذه الخطبة بعد تعليمه في خطبة اليوم السابع؛ لاحتمال أن يكون بعض الناس غير حاضر في تلك الخطبة، أو لكونه ركناً أعظم في الحج.

(والمزدلفة، ورمي الجمار، والحلق، والنحر، وطواف الزيارة، ثم يصلي بهم الظهر والعصر بأذان وإقامتين) لما روي أنه صلى الله عليه وسلم صلاهما بأذان وإقامتين³. (ولو فصل بنفل) يعني: إذا تنفل بين الظهر والعصر غير سنة الظهر (ثني الأذان) يعني: أعاد الأذان للعصر؛ لأن اشتغاله بعمل آخر يقطع فور الأذان الأول.

(والجماعة) أي: الجماعة مع الإمام الأكبر، وهو السلطان (شرط الجمع) أي: الجمع بين الصلاتين بعرفة عند أبي حنيفة، حتى لو صلى الظهر وحده أو بجماعة بدون الإمام لا يجوز. وقالوا: يجوز.

لهما: إن الجمع بينهما؛ ليحصل امتداد للوقوف حتى يكثر فيه التضرع والدعاء، فيكون الجمع جائزاً لكل من وقف، سواء صلى مع الإمام أو وحده.

وله: إن الجمع بينهما وقع مع الجماعة على خلاف القياس، فلا يترك ما في مورده.

وفي «التبيين»: ومن شرط الجمع أيضاً: أن يكون صلاة الظهر صحيحة، حتى لو تبين فسأدها بعدما صلاهما؛ أعاد الظهر والعصر جميعاً.

وفي «المحيط»: لو نفر الناس عن الإمام بعد الشروع أو قبله، فصلى وحده الصلاتين؛ جاز اتفاقاً؛ لأن الجماعة ليست بشرط في حق الإمام عند أبي حنيفة؛ لأنه لا يملك أحد أن يجعل نفسه إماماً لغيره، فأما الإمام؛ فشرط في حق غيره؛ لأن كل واحد يملك أن يجعل نفسه مقتدياً لغيره.

(ولو انفرد بالظهر، ثم أحرم؛ منعناه عن أداء العصر بجمع) أي: بجماعة مع الإمام في وقت الظهر. وقال زفر: يجوز له ذلك؛ لأن الإمام إنما صار شرطاً لأداء العصر وقت الظهر؛ لأنها هي المغيرة عن وقتها، لا لأداء الظهر؛ لأنها مفعولة في وقتها ولنا: إن التقديم والجمع كلاهما على خلاف القياس، فوجب مراعاة جميع ما فيه، والسنة وردت بأدائهما مع الجماعة، فلا يجوز لمن انفرد بالظهر الجمع.

وفي قوله: «ثم أحرم» إشارة إلى خلاف آخر، وهو أن تقديم الإحرام عليهما شرط لصحة جمعهما عندنا. وقال زفر: كونه محرماً في العصر فقط كافٍ في الجمع. والدليل من الطرفين معلوم مما سبق.

والحاصل: جواز الجمع معلق بالإحرام لا غير عندهما، وبالإحرام والجماعة مع الإمام عند أبي حنيفة وزفر، إلا أن زفر يشترطهما⁴ في العصر، وأبو حنيفة يشترطهما⁵ فيهما.

(ثم يتوجه والناس معه إلى الموقف الأعظم) وهو الموقف الذي يقرب جبل الرحمة عند الصخرات السود الكبار بأسفل الجبل، وهو الجبل الذي بوسط أرض عرفات.

1 ح: الخطأ.

2 مصنف ابن أبي شيبة، 481/8؛ صحيح ابن خزيمة، 247/4-248.

3 صحيح مسلم، الحج 147؛ سنن أبي داود، المناسك 56.

4 ح: شرطهما.

5 ح: يشترطهما.

«ويجوز أن يقف بعرفة كلها إلا بطن عرنة» وهو وادٍ في عرفة؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «عرفات كلها موقفٌ، وارتفعوا عن بطن عرنة»¹. قال الإمام القشيري: المسجد الذي يصلي فيه الإمام يوم عرفة هو في² بطن عرنة، فإذا خرج الإنسان منه يريد الموقف؛ فقد صار بعرفة.

«ويستحب أن يقف على راحلته»؛ لأنه صلى الله عليه وسلم استوى على ناقته مليبًا³. (بقرب جبل الرحمة، ويستقبل الكعبة، ويسبط يديه) لما روي أنه صلى الله عليه وسلم بسط يديه كالمستطعم المسكين⁴. (ويثني⁵ على الله تعالى، ويحمده، ويصلي على النبي صلى الله عليه وسلم⁶)؛ ليكون أقرب إلى الإجابة، (ويجتهد في الدعاء، ويلبي) في أثناء دعواته ساعة بعد ساعة. (ولم يفرضوا الوقوف جزءًا من الليل). وقال مالك: هو فرضٌ في جزء منه؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «من فاته الوقوف بليلى؛ فقد فاته الحج»⁷.

ولنا: قوله صلى الله عليه وسلم: «من وقف بعرفة ساعةً من ليل أو نهار؛ فقد تم حجه»⁸، وكلمة «أو» للتخيير، والمراد بما رواه: أن يفوت عنه الوقوف بليلى ولم يكن وقف نهارًا.

(ومن أدرك الوقوف ما بين الزوال وفجر النحر) يعني: وقف في وقت الوقوف بعرفة، وهو ما بين الزوال إلى طلوع الفجر الثاني من يوم النحر؛ لما روي أنه صلى الله عليه وسلم وقف بعد الزوال، وقال: «من أدرك عرفة بليلى؛ فقد أدرك الحج»⁹، وكان¹⁰ فعله بيانًا لأول وقته، وقوله بيانًا لآخره.

(ولو مارًا) أي: ولو كان المدرك مارًا بعرفة¹¹، (أو نائمًا، أو مغمى عليه؛ فقد أدرك الحج) لقوله صلى الله عليه وسلم: «من وقف بعرفة؛ فقد [72و] تم حجه»¹²، يعني: خلص عن البطلان، علق تمامه بمطلق الوقوف، والمرور لا¹³ يخلو عن قليل وقفة، والنوم والإغماء لا يمنع الوقوف.

فإن قلت: كيف جاز الوقوف بلا نية، ولم يجز الطواف، حتى لو طاف البيت هاربًا من العدو لا يجزيه، مع أنهما ركنان للحج؟

قلت: لأن الطواف عبادة مقصودة، ولهذا يتنقل به، فلا بُدَّ من اشتراط أصل النية، وإن كان غير محتاج إلى تعيينه، حتى إن المحرم إذا طاف يوم النحر ونوى به النذر؛ يجزيه عن طواف الزيارة، لا عما وجب عليه. وأما الوقوف؛ فليس عبادة مقصودة، ولهذا لا ينتفل به، فوجود النية في أصل العبادة. وهو الإحرام. يُغني عن اشتراطه في الوقوف.

(ومن فاته فقد فاته) يعني: من فات عنه وقوف عرفة؛ فقد فات عنه الحج؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «من فاته عرفة؛ فقد فاته الحج»¹⁴. (فيطوف) من فاته الوقوف، (ويسعى، ويتحلل، ويقضي) حجه من قابل. (ولا نوجب دمًا) وقال الشافعي: عليه دم؛ لأنه تحلل قبل أوانه، فيلزمه الدم كالمحصر.

ولنا: إن ما فاته من الحج يقضيه بالمثل، فلا يجب عليه شيء كالصوم والصلاة، وأما دم الإحصار؛ فإنما كان لتحصيل فائدة التحلل، وفي فائت الحج وقع التحلل بأفعال العمرة، فلا يلزمه دم.

¹ مسند أحمد بن حنبل، 82/4؛ مصنف ابن أبي شيبة، 315/8.

² ح - في.

³ صحيح مسلم، الحج 147؛ سنن أبي داود، المناسك، 21.

⁴ مسند الزوار، 102/6؛ سنن البيهقي، 117/5.

⁵ د: فيثني.

⁶ د: عليه السلام.

⁷ سنن الدارقطني، 263/3.

⁸ سنن أبي داود، المناسك 68؛ سنن الترمذي، الحج 57؛ مسند أحمد بن حنبل، 261/4.

⁹ مصنف ابن أبي شيبة، 266/8؛ سنن الدارقطني، 263/3. وانظر أيضًا: سنن الترمذي، الحج 57 بمعناه.

¹⁰ د: فكان.

¹¹ د: بعرفات.

¹² سنن الترمذي، الحج 57؛ سنن النسائي، مناسك الحج 211.

¹³ ح: لا.

¹⁴ سنن الدارقطني، 264/3؛ السنن الكبرى للبيهقي، 174/5.

(فإذا غربت) الشمس (أفاض) الإمام، (والناس معه على هينتهم إلى مزدلفة) سميت بفعل أهلها؛ لأن الحجاج فيها يزدلفون إلى الله، ويتقربون. وقيل: لأن آدم عليه السلام فيها ازدلف إلى حواء¹، أي: دنا منها.

(ولو أفاض قبل الإمام) وقبل غروب الشمس خوفًا من الزحام، (وجاوز عرفة) أي: حدودها قبل الغروب (نلزمه بدم). وقال الشافعي: لا شيء عليه؛ لأن أصل الوقوف حصل، وإطالته غير لازمة، فلا يلزم بفواتها دم.

ولنا: إن الوقوف في جزء من الليل وإن لم يكن فرضًا، لكنه واجب مكمل للركن، فيجب بتركة دم جبرًا لنقصانه. قيد بقوله: «وجاوز»؛ لأنه لو لم يجاوز عرفة قبل الغروب، وجاوز بعده؛ فلا شيء عليه اتفاقًا.

(فلو عاد) إلى عرفة قبل الغروب، وكان الإمام فيها بعد، ثم أفاض معه (سقط) عنه الدم. (وفي سقوطه) أي: وفي² سقوط الدم إذا عاد (بعد فراق الإمام) عن حدّ عرفة (روايتان) عن أبي حنيفة؛ في رواية: يسقط؛ لأنه استدرك ما فات عنه بالعود. وفي رواية: لا يسقط؛ لأنه ترك سنة الدفع مع الإمام.

(ويستحب النزول بقرب فُرح)؛ لأن النبي³ صلى الله عليه وسلم وقف عنده⁴، وهو بضم القاف وفتح الراء المعجمة وبالحاء المهملة: الجبل الذي عليه الميمنة. قيل: إنها كانتون آدم عليه السلام، وهو غير منصرفٍ للعلمية والعدل، من قازح بمعنى: مرتفع.

(فيصلي بهم المغرب والعشاء بأذان وإقامة، ولم نثنها) أي: لم نجعل الإقامة ثنتين. وقال الشافعي: يجمع بينهما بأذان وإقامتين اعتبارًا بالجمع بعرفة.

ولنا: رواية جابر: «أنه صلى الله عليه وسلم جمع بين المغرب والعشاء بأذان وإقامة واحدة»⁵.

إنما لم يشترط أبو حنيفة الجماعة في هذا الجمع كما شرطها في جمع عرفة، مع أن كلاً منهما ورد بالجماعة؛ لأن المغرب فيه مؤخرٌ عن وقتها، والصلاة بعد وقتها معقولة، بخلاف الجمع بعرفة⁶، فإن فيه تقديم الصلاة على وقتها، وهو مخالفٌ للقياس من كل وجه، فروعي فيه جميع ما في مورده، ولم يراع في جمع مزدلفة.

(وتركنا إعادته) أي: إعادة الأذان للعشاء (لفصل نفل) أي: لكون النفل فاصلاً بين المغرب والعشاء، وقلنا: يعيد الإقامة فقط. وقال زفر: يعيد الأذان؛ لأنه لو فصل بنفل بعرفة⁷؛ كان يعيد الأذان، فكذا هذا.

ولنا: ما روي «أن النبي صلى الله عليه وسلم صلى المغرب بمزدلفة، ثم أكل العشاء، ثم أفرد الإقامة للعشاء»⁸، وإذا لم يوجب تحلُّل الأكل إعادة الأذان؛ فتحلُّل النفل أولى.

وضع في الأذان؛ لأنه يعيد الإقامة للعشاء اتفاقًا. ووضع في فرض المزدلفة؛ إذ في فرض عرفات يؤذن ثانيًا اتفاقًا.

(ويجزى) أبو يوسف (أداء المغرب في الطريق وعرفة مع الإساءة)؛ لأنه أداها في وقتها، فلا يجب إعادتها، لكنه يسيء لتركه السنة. (وقالا: عليه إعادة ما لم يطلع الفجر). فلو⁹ طلع الفجر قبل الإعادة عاد إلى الجواز اتفاقًا. من «الحقائق».

ذكر الخلاف هكذا في «الهداية»، ولم يذكر العشاء، وتبعه المصنف، ولكن الخلاف ثابتٌ فيهما، ولذلك ذكرهما في كتاب «النظم».

لهما: ما روي أنه صلى الله عليه وسلم قال لأسماء في طريق مزدلفة: «الصلاة أمامك»¹⁰ حين نته أسامة النبي صلى الله عليه وسلم على صلاة المغرب، وظاهر أن نفس الصلاة التي فعل المصلي لا يمكن أن تكون أمامه، فيكون المراد: وقتها، فيجب تأخيرها.

1 ح: حوى.

2 د: في.

3 د: نبينا.

4 سنن أبي داود، المناسك 64؛ سنن الترمذي، الحج 54.

5 مصنف ابن أبي شيبة، 361/8؛ السنن الكبرى للبيهقي، 402/1.

6 د: بعرفات.

7 د: في عرفة.

8 صحيح البخاري، الحج 96؛ سنن أبي داود، المناسك 64 بمعناه.

9 ح: لو.

10 صحيح البخاري، الوضوء 6؛ الحج، 92؛ صحيح مسلم، الحج 276.

(ثم يصلي) صلاة (الفجر بغير)؛ ليحصل امتداد الوقوف، وهو بفتح اللام: ظلمة آخر الليل. (ويقفون) بمزدلفة بعد [73ظ] طلوع الفجر من يوم النحر إلى أن يُسْفَرَ جَدًّا؛ لأنه صلى الله عليه وسلم فعل كذا¹. ولو مرَّ² بمزدلفة بعد طلوع الفجر من غير أن يلبث بها جاز، ولا شيء عليه؛ لأن النية في الوقوف ليست بشرط كما في عرفة. (إلا في بطن محسر) وهو بكسر السين المهملة وفتح الحاء المهملة: واد معروفٌ على يسار مزدلفة؛ لتهيئه صلى الله عليه وسلم عن الوقوف فيه³.
(ويجب هذا الوقوف) لقوله صلى الله عليه وسلم: «من وقف بمزدلفة⁴؛ فقد تم حجه»⁵، وهذا يدلُّ على الوجوب؛ لأن تمام العبادة بواجباتها، ويجب بتركه الدم، إلا أن يتركه بعذرٍ ضعيفٍ أو مرضٍ، لما روي أنه صلى الله عليه وسلم قدّم من مزدلفة إلى منى ضعفةً أهله ليلاً⁶.

(ويأتي إذا أسفر) الصبح (منى، فيبتدئ برمي جمرة العقبة من بطن الوادي)؛ لأنه صلى الله عليه وسلم فعل كذا⁷. (بسبع حصيات) وهو بدلٌ من «رمي» على تقدير المضاف، أي: برمي سبع حصيات يأخذها من قارعة الطريق، ويغسلها بالماء؛ لما روي عن ابن عباس: «أنه صلى الله عليه وسلم أمره أن يفعل هكذا»⁸. (كحصى الخذف) وهو بالخاء والذال المعجمتين: رمي الحصى بالأصابع؛ لما روي ابن عباس أنه صلى الله عليه وسلم قال: «اثنني بسبع حصياتٍ مثل حصى الخذف»⁹.
(يكبر معهنّ، ولا يقف عندهنّ)؛ لأنه صلى الله عليه وسلم لم يقف عندها¹⁰، فبأي هيئة رماها يجوز، لكن الأولى أن يضع الحصى على ظهر إبهامه اليميني، ويستعين عليها بالمسبحة، ويبعدها عنه مقدار خمسة أذرع، ولو طرحها جاز؛ لأنه رمي إلى قدميه، ولو وضعها لم يجز؛ لأنه ليس برمي. ولو رماها ووقعت بعيدةً من موضع الجمرة لا يجزيه¹¹؛ لأنه لم يكن قرينةً إلا في مكانٍ مخصوصٍ. ولو وقعت قريبةً يجوز؛ لأن هذا القدر مما لا يمكن الاحتراز عنه. ولو رمى بسبع¹² حصيات جملةً لا يجزيه؛ لأن المنصوص عليه تفريقُ فعل الرمي.

(وقطعوا التلبية عند أولاهنّ) أي: عند أول رمي حصى جمرة العقبة، (لا مع الرجوع من عرفات) يعني: قال مالك: يقطعها الحاج إذا رجع من عرفات؛ لما روي عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم: «أنه قطعها لما رجع عن عرفات»¹³. ولنا: ما روي ابن عباس: «أنه صلى الله عليه وسلم لم يزل يلي حتى رمى جمرة العقبة»¹⁴، وما رواه مؤولٌ؛ إذ يحتمل أنه صلى الله عليه وسلم قطعها، ثم عاد إليها، وما رويناه محكمٌ، فكان أولى.
وفي «المحيط»: المعتبر¹⁵ يقطع التلبية إذا استلم الحجر؛ لأن الطواف ركناً في العمرة، فيقطع التلبية قبل الشروع فيه، وفائت الحج كالمعتمر، ويقطع القارن حين يأخذ في الطواف الثاني؛ لأنه يتحلل بعده، ويقطع المحصر إذا ذبح هديه؛ لأن الذبح للتحلل. ولو حلق الحاج قبل أن يرمي جمرة العقبة قطع التلبية؛ لأنه تحلل بالحلق.
(ونجيزه بطينة يابسة ومدرة). وقال الشافعي: لا يجوز إلا رمي الحجر؛ لأنه هو المنقول المتوارث. ولنا: إن المقصود هو التشبُّه بإبراهيم عليه السلام في إهانة الشيطان، وإنه حاصل برمي ما هو من جنس الأرض.

¹ صحيح البخاري، الحج 98؛ صحيح مسلم، الحج 292.

² ح: مر.

³ المعجم الكبير للطبراني، 423/11؛ السنن الكبرى للبيهقي، 115/5.

⁴ د: مزدلفة.

⁵ سنن النسائي، مناسك الحج 211؛ صحيح ابن حبان، 161/9 بمعناه.

⁶ صحيح البخاري، الحج 97؛ صحيح مسلم، الحج 300-304؛ سنن الترمذي، الحج 58.

⁷ صحيح البخاري، الحج 134، 139؛ صحيح مسلم، الحج 305-306.

⁸ المعجم الكبير للطبراني، 289/18، وهو الفضل بن عباس.

⁹ مصنف ابن أبي شيبة، 209/8. وروي من فعله، انظر: صحيح مسلم، الحج 313.

¹⁰ صحيح البخاري، الحج 139، 140؛ سنن أبي داود، المناسك 77.

¹¹ د: تجوز.

¹² د: سبع.

¹³ صحيح البخاري، الحج 21؛ سنن ابن ماجه، المناسك 69 بمعناه.

¹⁴ صحيح البخاري، الحج 21؛ سنن النسائي، مناسك الحج 229.

¹⁵ ح: المعتبر.

ولو رمى خشباً لا يجزيه؛ لأنها ليست من جنس الأرض، وكذا لو رمى ذهباً أو جوهراً؛ لأنه نثار، لا رمي.¹
(ولا نجيزه) أي: رمي جمرة العقبة **(قبل طلوع الفجر يوم النحر)**. وقال الشافعي: يجوز في النصف الأخير من ليلة النحر؛
لما روي «أنه صلى الله عليه وسلم أمر أم سلمة أن ترمي¹ جمرة العقبة قبل الفجر، ثم يفيض من منى إلى مكة»².
ولنا: قوله صلى الله عليه وسلم: «لا ترموا جمرة العقبة إلا مصبحين»³، وما رواه محمود على كونها معذورة.
اعلم أن علماءنا اتفقوا في أول وقت هذا الرمي، واختلفوا في آخره، قال أبو حنيفة: يرميها إلى غروب الشمس؛ لقوله صلى الله
عليه وسلم: «إن أول نسكنا في هذا اليوم جمرة العقبة»⁴. وقال أبو يوسف: يرميها إلى الزوال، لا فيما بعده، كما أن الرمي في سائر
الأيام جائز بعد الزوال لا قبله.

(ثم يذبح إن أحب) وفيه تنبيه على أن الدم على المفرد مستحب، ولا أضحية عليه؛ لأنه مسافر.
(ثم يحلق) إن أمكن، حتى لو كان على رأسه قروح لا يمكن إمرار موسى عليه ولا تقصيره؛ فقد حلّ بلا حلق. ويجب إجراء
الموسى على أفرع؛ لأنه صلى الله عليه وسلم أمر محرماً ليس على رأسه شعرٌ بإجراء موسى عليه⁵. وقيل: إنه سنة؛ لأن إجراءه لم
يجب لعينه، بل لإزالة الشعر، بدليل أنه لو أزال الشعر بالنورة يستقط عنه إجراء موسى، فيحمل الأمر على الاستحباب. ولو حلق ربع
الرأس يكتفى به؛ لكن حلق كله أولى اقتداءً برسول الله صلى الله عليه وسلم⁶.
(ويفضل الحلق على التقصير) لقوله صلى الله عليه وسلم: «رحم الله المحلقين، قيل: يا رسول الله والمقصرين؟ فقال صلى
الله عليه وسلم: رحم الله المحلقين، حتى قال في الرابعة: والمقصرين»⁷، وتكراره صلى الله عليه وسلم الدعاء للمحلقين ثلاث مرات
يدل على أن الحلق أفضل، ومقدار التقصير: أن يأخذ من رؤوس الشعر مقدار الأنملة.
(وقد حلّ) أي: جاز له أن يفعل كل فعل كان حراماً في إحرامه، **(إلا في النساء)** يعني: لم يحلّ في وطئهن **[74و]**
ودواعيه.

وفي «الخانية»: الصحيح: أن الطيب لا يحلّ له؛ لأنه من دواعي الجماع؛ لما روي أنه صلى الله عليه وسلم قال: «إذا رميتم
وذبحتهم وحلقتهم؛ فقد حلّ لكم كل شيء إلا النساء»⁹.
(ولا نجعل هذا الرمي سبب التحلل). وقال الشافعي: إذا فرغ من رمي¹⁰ جمرة العقبة يتحلل عن غير النساء بلا حلق؛ لأن
جواز الحلق بعد الرمي مع كونه محظوراً يدل على أنه محلل.
ولنا: ما روينا: «إذا رميتم» الحديث.

(ثم يأتي مكة في أيام النحر) وهو العاشر والحادي عشر والثاني عشر من ذي الحجة **(لأداء فرض طواف الزيارة)**، لكن
أولها أفضل؛ لأنه صلى الله عليه وسلم طاف في أولها¹¹. **(سبعاً، ويسعى ويرمل إن لم يكن قدمهما)** يعني: إن لم يكن رمل في
طواف القدوم، ولم يسع بعده بين الصفا والمروة؛ رمل في طواف الزيارة، وإن كان رمل وسعى في طواف القدوم؛ لم يسع ولم يرمل فيه؛
لأنهما لا يتكرران.

¹ د: يرمي.

² شرح معاني الآثار للطحاوي، 218/2؛ السنن الصغرى للبيهقي، 240/4.

³ سنن النسائي، مناسك الحج 222؛ مسند أحمد بن حنبل، 326/1.

⁴ لم نجده بهذا اللفظ، وقد بدأ النبي بالجمرة، انظر: سنن أبي داود، المناسك 78؛ سنن الترمذي، الحج 73.

⁵ لم نجده إلا في تبين الحقائق للزليعي 29/4، عن أبي يوسف قوله.

⁶ د: عليه السلام.

⁷ صحيح البخاري، الحج 126؛ صحيح مسلم، الحج 318.

⁸ ح - في.

⁹ سنن ابن ماجه، المناسك 70؛ سنن الدارقطني، 330/3.

¹⁰ د - رمي.

¹¹ لم نجده إلا في بدائع الصنائع، 132/2. وفي حديث أنه طاف حين قدم مكة، انظر: صحيح مسلم، الحج 174.

(وتحل له النساء) بالحلقة السابق، لا بطواف الزيادة؛ لأنَّ المحلل هو الحلقة، لكن عمله في حق النساء كان متأخراً إلى الطواف، فإذا طاف عمل عمله، كالطلاق الرجعي آخر عمله إلى انقضاء العدة، فإذا انقضت بانته. والدليل على ذلك: أنه لو لم يحلق حتى طاف بالبيت لم يحل له شيء حتى يحلق.

(ثم يعود إلى منى)؛ لأنه بقي عليه الرمي، وموضعه منى. (فإذا زالت الشمس من ثاني النحر رمى الجمار الثلاث) وهي الأحجار الصغار، والمراد بها: مواضعها التي يرميها، بدليل قوله: (يبتدئ بالتي تلي مسجد الخيف)؛ لأن ما يلي المسجد هو الموضع، لا الحصاة، وهو مسجد في ذيل الجبل بمنى. قيل: بنته عائشة رضي الله عنها. (بسبع) أي: يرمي سبع حصيات يكبر مع كل حصاة، (ثم بالأخرى) أي: بالجمرة الأخرى، وهي الجمرة الوسطى (كذلك) أي: بسبع حصيات، (ويقف عندهما) ليدعو؛ لأنه في وسط عبادات الجمار، والدعاء في أثناء المناسك أنسب. (يحمد الله، ويهله، ويكبر، ويصلي على النبي صلى الله عليه وسلم، ويدعو رافعاً يديه) لنفسه ولجميع المسلمين؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «اللهم اغفر للحاج، ولمن استغفر له الحاج»¹. وكذا يفعل في سائر المواقف الشريفة.

(ثم بجمرة العقبة بسبع) أي: يرميها، (ولا يقف عندها) أي: عند جمرة العقبة إذا رماها؛ لأن عبادة الجمار انتهت، ولهذا لم يأمر فيما سبق بالوقوف بعد جمرة العقبة في يوم النحر؛ لأنه لم يكن فيه رمي بعدها.

(ونسقط الترتيب) أي: ترتيب المكان (في الرمي) أي: في رمي الجمار كما ذكر في المتن، حتى لو بدأ بجمرة العقبة، ثم بالوسطى، ثم بالتي يلي المسجد؛ جاز عندنا. وقال الشافعي: الترتيب المذكور شرط، حتى لو بدأ بالوسطى ثم بالتي يلي المسجد لا يعتد به؛ لأنه شرع مرتباً غير معقول المعنى، فإذا ترك الترتيب؛ يبطل كما إذا سعى قبل الطواف. ولنا: إن كل جمرة قرينة بنفسها، فلا يكون بعضها تابعاً لبعضها، وغايته: أن يكون الترتيب أفضل، ولا كلام فيه.

(ويفعل كذلك) أي: كما رمى الجمار الثلاث على الترتيب (في الثالث) من أيام النحر، (وإن لم ينفر) أي: إن² لم يخرج من منى إلى مكة، (ففي الرابع) أي: فيفعل كذلك في اليوم الرابع، وهو آخر أيام التشريق. وفيه إشارة إلى أنه إن نفر قبل طلوع فجر اليوم الرابع جاز؛ لقوله تعالى: ﴿فَمَنْ تَعَجَّلَ فِي يَوْمَيْنِ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ﴾ [البقرة، 203/2]، معناه: من تعجل في النفر إلى مكة في اليوم الثالث بعد الرمي؛ لأن تعجيله في اليوم الثاني غير جائز. ولو تأخر حتى طلع فجر اليوم الرابع لا يجوز له أن ينفر لدخول وقت الرمي. وإن رماها ركباً أجزأه؛ لحصول فعل الرمي، لكن الأفضل في كل رمي بعده رمي أن يرميه ماشياً؛ ليكون أقرب إلى التضرع في الدعاء بعده. كذا روي عن أبي يوسف.

(وتقديمه فيه) أي: تقديم رمي الجمار في اليوم الرابع (على الزوال بعد الفجر جائز) عند أبي حنيفة. وقالوا: لا يجوز إلا بعد الزوال، كما لا يجوز الرمي في اليوم الثاني والثالث إلا بعد الزوال.

وله: إن الرمي إذا جاز تركه في اليوم الرابع تخفيفاً؛ فلأن يجوز قبل الزوال أولى، بخلاف اليوم الثاني والثالث؛ لأن ترك الرمي لا يجوز فيهما، فبقي على الأصل المروي.

(ولا نوجب المبيت) مصدر ميمي من: بات يبيت، أي: البيوتة (في هذه الليالي) أي: ليالي الرمي، وهي³ ليلة الحادي عشر والثاني عشر والثالث عشر (بمنى). وقال الشافعي: يجب، حتى لو ترك المبيت في كلها بلا عذر يلزمه دم. وإن تركه في ليلة يلزمه ثلث دم، وفي ليلتين ثلثا دم، وكذا يجب المبيت عنده بمزدلفة ليلة العيد. ولو تركه يلزمه دم. له: ما روي: أن النبي صلى الله عليه وسلم بات بمنى ليالي الرمي⁴، وفعله موجب كأمره. ولنا: ما روي أن العباس استأذن رسول الله صلى الله عليه وسلم في البيوتة بمكة في ليالي الرمي، فأذن له⁵، ولو كان واجباً لما رخص، وأفعاله صلى الله عليه وسلم غير موجبة عندنا كما تقرر في الأصول.

¹ مصنف ابن أبي شيبة، 29/8؛ المعجم الأوسط للطبراني، 266/8.

² د - إن.

³ د: وهو.

⁴ سنن أبي داود، المناسك 77؛ مسند أحمد بن حنبل، 90/6.

⁵ شرح مشكل الآثار للطحاوي، 225/4؛ مسند أبي عوانة، 327/2.

(ويكره تركه) أي: ترك المبيت (وتقديم [74ظ] النقل) إلى مكة، وإقامته بمنى حتى يتم الرمي، وهو بفتحيتين: متاع المسافر وخدمه (قبل فراغ الرمي¹)؛ لأن قبله يكون مشغولاً بمتاعه، فيصير كأنه في مكة².

(ثم ينزل إذا نفر بالمحصب) وهو بتشديد الصاد المهملة بعد الحاء المهملة: اسم موضع ذات حصى بين منى ومكة، يقال له: خيف، وكان الكفار اجتمعوا فيه، وتحالفوا على إضرار رسول الله صلى الله عليه وسلم، فنزل صلى الله عليه وسلم فيه³ إراءة لهم لطيف صنع الله به، وتكريمه بنصرته، فصار ذلك سنة كالرمل في الطواف.

(ثم يدخل مكة، فيطوف للصدر سبعاً) سمي: طواف الصدر؛ لأنه يصدر عن البيت، أي: يرجع، وطواف الوداع أيضاً. (لا زملَ فيها) أي: في تلك الأشواط، والجملة صفة «سبعاً»، وإنما لم يرمل في هذا الطواف؛ لأنه لم يشرع إلا مرة.

(ونوجهه على الأفقي) احترز به عن المكّي؛ إذ لا وداع عليه، وإنما يجب على الأفقي إذا أراد الرجوع إلى أهله؛ لأنه لو نوى الإقامة بمكة لا وداع عليه. هذا إذا نواها قبل النفر، وأما إذا نواها بعده؛ ففي لزوم الوداع له خلاف بين أبي يوسف ومحمد سيجيء عن قريب. والمراد به: الحاج الأفقي؛ لأنه لو كان معتمراً ليس عليه طواف الصدر اتفاقاً. وقال الشافعي: طواف الصدر غير واجب؛ لأنه لو كان واجباً لما سقط عن المكّي؛ إذ الأفقي والمكّي في واجبات الحج سواء.

ولنا: قوله صلى الله عليه وسلم: «من حج هذا البيت؛ فليكن آخر عهده بالبيت الطواف»⁴.

(ويأتي زمزم) أي: بقره، (فيشرب منها) الماء؛ لأنه صلى الله عليه وسلم فعل كذا⁵.

(ويستحب أن يأتي الباب) أي: باب الكعبة، (فيقبل العتبة، ويضع صدره ووجهه على الملتزم) وهو ما بين الحجر والباب، (ويتشبهت) أي: يتعلّق (بأستار الكعبة، ويقهقر) أي: ينصرف وهو يمشي وراءه، وبصره إلى البيت متباكياً متحسراً، (مودّعاً) حتى يخرج من المسجد، وهذا تمام الحج.

(ثم يعود إلى أهله، والمجاورة⁶ بها) أي: بمكة (مكروهة) عند أبي حنيفة. وقالوا: لا يكره؛ لقوله تعالى: ﴿طَهَّرْنَا بَيْتِي لِلطَّائِفِينَ وَالْعَاكِفِينَ﴾ [البقرة، 125/2]، والمجاورة هي العكوف.

وله: إنّ المجاورة في العادة تفضي إلى الإخلال بإجلال البيت؛ لكثرة المشاهدة، والعكوف في الآية بمعنى اللبث دون المجاورة.

(ويسقط طواف القدوم) عن الأفقي (بالوقوف) في عرفات بلا دخول مكة (من غير شيء) أي: من غير لزوم دم أو صدقة؛ لأنه سنة، وتركها لا يجب الجابز.

(ويسقط الصدر لاستيطان مكة بعد النفر، وخالفه) يعني: إذا نوى الحاج الإقامة⁸ بمكة بعد النفر الأول، وهو الرجوع إلى مكة في اليوم الثالث من أيام النحر، وقيل: النفر الثاني، وهو الرجوع إليها في آخر أيام التشريق، قال أبو يوسف: يسقط عنه طواف الصدر. وقال محمد: لا يسقط.

قيّد بقوله: «بعد النفر»؛ لأنه لو نوى الإقامة قبل أن يحلّ النفر الأول يسقط طواف الصدر اتفاقاً؛ لأن نية الإقامة إنما تسقط⁹ الصدر إذا كان قبل وجوبه، وأما بعده؛ فلا، كمن أصبح مقيماً لا يحلّ له أن يفطر في ذلك اليوم بالسفر.

لمحمد: إنّ أدرك وقته، فتأكّد أداءه عليه، فصار كما لو توطن بعد الشروع فيه.

ولأبي يوسف: إنّ طواف الصدر إنما يجب على الصادر وهو مستوطن، بخلاف ما إذا شرع فيه؛ لأنه لزمه بالشروع.

(وتوافق المرأة الرجل) في جميع أفعال الحج:

¹ د: الإمام.

² قوله: «ويكره تركه...» مكرر في «د».

³ صحيح البخاري، الحج 146؛ صحيح مسلم، الحج 339.

⁴ صحيح مسلم، الحج 379؛ سنن الترمذي، الحج 99.

⁵ صحيح البخاري، الحج 74 بمعناه.

⁶ د: والمجاورة.

⁷ د: وطهرا.

⁸ ح: للإقامة.

⁹ ح: يسقط.

- [1.] (إلا في كشف الرأس)، فإنها لا تكشف رأسها؛ لأنه عورة.
- [2.] (ورفع الصوت)، فإنها لا ترفع صوتها؛ لاشتماله على الفتنة.
- [3.] (والرمل والسعي بين الميادين)، فإنها لا ترمل ولا تسعى؛ لأن كلاً منهما مغلٌّ بالستر¹.
- [4.] (والحلق)، فإنها لا تحلق؛ لأنه قبيح² في حقها، كحلق اللحية في حق الرجل.
- [5.] (ولبس المخيط)، فإنها تلبس المخيط؛ لأنه أستر لها.
- [6.] (وتكشف وجهها) لقوله صلى الله عليه وسلم: «إحرام المرأة في وجهها»³. ولها أن تُسدل شيئاً على وجهها⁴، وتجافيه عنه بمنزلة الاستغلال.

- [7.] (وتقصر) المرأة؛ لأنه صلى الله عليه وسلم أمرهن بالتقصير⁵.
- [8.] (وتمتنع من⁶ الطواف فقط للحيض) قيد بـ«الطواف»؛ لأن سائر أفعال الحج جائز لهن؛ لما روي أنه صلى الله عليه وسلم قال لعائشة رضي الله عنها حين حاضت بسرف وكانت محرمةً بالعمرة: «إذا جاء يوم التروية اغتسلي وأهلي بالحج، واصنعي ما يصنعه⁷ الحاج، غير أنك لا تطوفي بالبيت»⁸.
- (وإن حاضت بعد طواف الزيارة يسقط عنها طواف الصدر بغير شيء)؛ لأنه صلى الله عليه وسلم رخص للنساء الحيض في ترك طواف الصدر من غير إلزامهن بشيء⁹.

فصل في الحج عن الغير

- اعلم أن جعل الإنسان ثواب عمله لغيره صلاةً كانت أو صدقةً أو غيرهما جائزٌ عند أهل السنة، خلافاً للمعتزلة.
- لهم: إنَّ الثواب هو الحنَّة، ولا قدرة للإنسان على تملكها.
- ولنا: إنَّه صلى الله عليه وسلم ضحى بكبشين أملحين: أحدهما عن نفسه، والآخر عن أمته المؤمنين¹⁰، [75و] والاعتراض¹¹ على الشارع باطلٌ، وإنَّ العبادات¹² أنواعٌ:
- [1.] بدنية محضة، كالصلاة، فالنباية لا تجوز فيها؛ لأن الغرض منها - وهو إعتاب النفس الأمانة - لا يحصل¹³ بنبايته.
- [2.] ونوعٌ منها مالية محضة، كالزكاة، فالنباية تجوز فيها؛ لأن الغرض منها - وهو إغناء الفقير - يحصل بنائبه¹⁴.
- [3.] ونوعٌ منها مركبةٌ منهما، كالحج، فمن حيث إنَّه متعلِّقٌ بالبدن لا يجوز فيه النباية عند الاختيار، ومن حيث إنَّه متعلِّقٌ بالمال جاز فيها النباية عند الاضطرار، وهو العجز الدائم عن أدائه، هذا في الحج الفرض، وأما في النفل؛ فالنباية جائزة مع القدرة؛ لأن في النفل سعة.
- وفي «النهاية»: أكثر العلماء على أن الحج يقع عن المأمور به، وللأمر ثواب إنفاقه، ولكن يسقط أصل الحج عنه.
- وفي «المحيط»: إنَّ المأمور بالحج إذا حجَّ يقع الحجُّ عنه تطوعاً، ويسقط الحجُّ عن الأمر أيضاً، ولهذا تشترط النية عن الأمر بأن يقول: اللهم إني أريد الحج، فيسره لي، وتقبله مني ومن فلان.

1 د: للستر.

2 ح: تقبيح.

3 سنن الدارقطني، 3/363؛ السنن الكبرى للبيهقي، 5/47.

4 د: على وجهها شيئاً.

5 سنن أبي داود، المناسك 78؛ سنن الدارمي، المناسك 63.

6 د: عن.

7 ح: صنعه.

8 صحيح البخاري، الحيض 1؛ صحيح مسلم، الحج 120، بمعناه.

9 صحيح البخاري، الحج 144؛ صحيح مسلم، الحج 128، بمعناه، وقد رخص لصفية أم المؤمنين.

10 سنن ابن ماجه، الأضاحي 1؛ سنن الدارقطني، 5/513-514.

11 د: فالاعتراض.

12 ح: العبادة.

13 د: تحصل.

14 ح: بنباية.

(ويحج) النائب في الحج (عن الموصي به) أي: بالحج (راكبًا من مصره)؛ لأن الحج كان واجبًا على الموصي من بلده، فكذا يفعل من ينوب عنه، (إن كفته النفقة، وإلا) أي: إن لم يكف النفقة بالإحجاج عن بلده، (فمن حيث تبلغه) بضم التاء، أي: من مكان يكفيه النفقة؛ لأن تنفيذ وصيته واجبٌ مهما أمكن.

(وإذا مات المأمور به) أي: بالحج عن غيره (في بعض المسافة) أي: في بعض الطريق، (فالأبتداء من منزله) يعني: بيتدئ بالإحجاج عنه من منزل الأمر عند أبي حنيفة. (وقالا: منها) أي: من المسافة التي بلغها، ومات فيها. (وكذا) أي: كذا¹ الخلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه (لو مات الحاج) أي: الخارج للحج (لنفسه) لا لغيره في بعض الطريق، (وأوصى) بأن يحج عنه.

قيد بـ«الحاج»؛ لأنه لو خرج تاجرًا، ثم مات، وأوصى بأن يحج عنه؛ يحج من وطنه اتفاقًا. كذا في «المحيط». **لهما:** إن ما مضى من قطع المسافة لم يبطل²؛ لقوله تعالى: ﴿وَمَنْ يَخْرُجْ مِنْ بَيْتِهِ مُهَاجِرًا إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ ثُمَّ يُدْرِكُهُ الْمَوْتُ فَقَدْ وَقَعَ أَجْرُهُ عَلَى اللَّهِ﴾ [النساء، 100/4]، وإذا لم يبطل وجب أن يتنى عليه. **وله:** إن ما مضى من السفر لم يقع معتدًا به؛ لعدم اتصاله بالمقصود، فصار كأنه لم يخرج، وعدم بطلانه كان من جهة الثواب في الآخرة، وأما تنفيذ الوصية؛ فمن أحكام الدنيا، فيبطل في حقها، فيبدأ من وطنه.

(ولو أمر بالإفراد، فقرن) المأمور به، (فهو مخالف) عند أبي حنيفة يجب عليه رد النفقة إلى الأمر. وقالوا: صح حجّه عن الأمر، وتكون³ العمرة لنفسه. هذا إذا قرن الأمر⁴، أما إذا أدى العمرة لنفسه أو لغيره يصير مخالفًا اتفاقًا؛ لأنه لم يخلص⁵ السفر له. وعن أبي يوسف: إنّه إذا نوى العمرة عن نفسه لا يكون⁶ مخالفًا، ولكن يردّ من النفقة بقدر حصّة العمرة التي أداها عن نفسه، ولو حج عن الأمر أولًا، ثم أتى⁷ بالعمرة لنفسه؛ لم يكن مخالفًا اتفاقًا، إلا أنه ما دام مشغولًا بالعمرة، فنفته في ماله. وأما لو كان مأمورًا بالعمرة، فاعتمر، ثم حج عن نفسه؛ لا يصير مخالفًا، لكن النفقة في مقدار مقامه للحج تكون في ماله. وإن حج أولًا، ثم اعتمر؛ يصير مخالفًا؛ لأنه جعل جميع المسافة للحج، وإنه لم يؤمر به. كذا في «المحيط».

لهما: إنّه أتى بعين المأمور به، وزاده خيرًا، فلا يصير مخالفًا، كالوكيل بالبيع بألف إذا باع بألفين. **وله:** إنّه كان مأمورًا بتجريد السفر للحج، ولم يفعل، فيضمن قياسًا على ما لو تمتّع؛ لأنه كان مأمورًا بحج ميقاتي، وفي التمتع لم يوجد ذلك.

(ولو أمراه⁸ به) يعني: لو أمر رجلان رجلًا بأن يحج عن كل منهما حجّة، (فأهل عن أحدهما) على الإبهام، (ثم عيّن قبل المضي يجعله عن نفسه) يعني: قال أبو يوسف: هو مخالف، فيقع الحج عن نفسه. (وقالا: عمن عين) يعني: يقع الحج عمن عينه منهما.

قيد بقوله: «عن أحدهما»؛ لأنه إذا أحرم عنهما صار مخالفًا اتفاقًا، ويقع الحج عن نفسه، فيضمن النفقة. ولو أحرم لا ينوي أحدهما لا نص فيه، قالوا: ينبغي أن يصح تعيينه اتفاقًا من «المحيط»⁹. إنّما وضع المسألة في المأمور؛ لأنه إذا حجّ رجل عن أبويه متطوعًا؛ فله أن يجعل عن أيهما شاء اتفاقًا؛ لأنه انعقد الحج لنفسه، وله الخيار في هبة ثوابه متبرعًا.

وقيد بقوله: «قبل المضي»؛ لأنه لو أدى الحج على ذلك الإبهام صار مخالفًا اتفاقًا؛ لعدم أولوية أحدهما على الآخر. **له:** إن كلاً منهما أمره بأن يعين عند الإحرام حجّة له، وقد خالفه بتفويت التعيين، فيقع عن نفسه.

¹ ح - أي: كذا.

² د: تبطل.

³ ح: ويكون.

⁴ ح: للأمر.

⁵ د: يخل عن.

⁶ د: يصير.

⁷ ح - أتى.

⁸ ح: أمره.

⁹ د - ولو أحرم.

ولهما: إنَّ الإحرامَ ليس بركنٍ، بل وسيلةٌ إلى أداء أفعال الحج، فإذا عَيَّن لأحدهما قبل الشروع في الأفعال يكون موافقاً له عند المقصود؛ لأن إحرامه كان عن أحدهما، فوافق تعيينه إحرامه¹، بخلاف ما إذا أحرم عنهما معاً، حيث لا يمكنه تعيينه؛ لأنه إذا عينه يصير مخالفاً لإحرامه.

(ولو هلكت النفقة بعد الإفراز) يعني: إذا أوصى رجلاً بأن يحجَّ عنه، فمات، فأفرز وصية من ثلث ماله نفقةً لمن يريد أن يحجَّ عنه، فهلكت قبل التسليم، أو بعده **(حج عنه من ثلث الباقي)** يعني: عند أبي حنيفة: يحجَّ عنه [75ظ] من منزله من ثلث ما بقي من ماله، هكذا يفعل متى هلكت إلى أن يعجز ثلث ماله عن الوفاء بالحجِّ، فيبطل الوصية؛ لأنَّ إفراز الوصيِّ إنما يُعتبر إذا حصل بالنفقة مقصودُ الموصي، فصار هلاكها قبل المقصود كهلاكها قبل الإفراز.

(ومن باقي الثلث) يعني: عند أبي يوسف: يحجَّ عنه من باقي الثلث الذي أفرزت منه النفقة؛ لأن محلَّ نفاذ الوصية هو الثلث الأول، فإن بقي منه شيءٌ بعد الإفراز يحجَّ عنه²، وإلا فلا. **(وأبطلها)** يعني³: وقال⁴ محمد: لا يحجَّ عنه من ثلث الباقي، بل إن بقي من مال النفقة شيءٌ يحجَّ به، وإلا بطلت؛ لأن إفراز الوصي وتعيينه كتعيين الموصي، ولو كان عينه الموصي لذلك، فهلكت؛ بطلت الوصية، فكذا هذا. وهذا من قبيل ذكر الأحكام الثلاثة مرتبة⁵.

(ولو حج من لم يؤد فرضه) أي: ما كان مفروضاً عليه من الحجِّ **(عن غيره؛ نجعله عما نواه، لا عن فرضه)**. يعني: قال الشافعي: يقع عن فرضه، لا عما نواه؛ لما روي «أنه صلى الله عليه وسلم سمع رجلاً يلبى عن شبرمة، فقال له: هل حججت عن نفسك؟ فقال: لا، فقال صلى الله عليه وسلم: حج عن نفسك⁶، ثم عن شبرمة⁷».

ولنا: ما روي: «أنه صلى الله عليه وسلم أجاز حجَّ الخنعمية عن أبيها، ولم يسألها عن حج نفسها⁸، ولأن الوقت غير متعين لأداء الفرض، فكان يجوز له أن يخليه عن الحجِّ، فكذا يجوز أن يشغله بغير الفرض⁹، وما رواه لا يدل على أن حجَّه وقع عن نفسه، بل يدل على أنه يفسخ إحرامه عن شبرمة، ويستأنف إحراماً لنفسه نظراً له، وقد كان ذلك مشروعاً، ثم نسخ.

(والإحرام من المعنى عليه جائز) يعني: إذا أغمى عليه قبل الإحرام، فلبى عنه رفيقه نيابةً بلا أمر منه بعدما أحرم عن نفسه أصالةً؛ جاز عند أبي حنيفة، فصار المنوب عنه في الحكم محرماً. وقال: لا يجوز. قَيَّد بـ«الإحرام من المعنى عليه»؛ لأنه لو أغمى عليه بعد الإحرام، فطافوا به، أو وضعوا الجمار على يده، ورموا بها؛ يجوز اتفاقاً؛ لأن هذا إعانة.

ولو طاف وهو حاملٌ لغيره بأمره يجزيه عنهما؛ لأن المقصود من الطواف حاصلٌ لهما.

قَيَّدنا بقولنا: «بلا أمر منه»؛ لأنه لو أمر إنساناً بأن يحرم عنه إذا نام أو أغمى عليه جاز اتفاقاً.

لهما: إنَّ الإحرامَ عنه إيجابُ الأفعال عليه، فليس لغيره ولايةُ الإلزام عليه.

له: إنَّ إِدْنَ الإحرام عنه ثابتٌ لرفقائه دلالةً؛ لأن عقد المرافقة يدلُّ على معاونة كلِّ منهنم الآخر فيما هو المقصود عند العجز، والثابت دلالةً كالثابت صريحاً، فعلم منه أنه لو أحرم عنه مَنْ ليس من رفقته لا يجزيه. وقيل: يجزيه؛ لأنه وجد الإذن دلالةً؛ لأنه أنفق مالا عظيماً، فالظاهر أنه يكون إذناً لكلِّ أحدٍ بالإحرام عنه، كمن اشترى شاة للأضحية¹⁰، فذبحها غيره؛ جاز لوجود الإذن دلالةً. كذا في «المنتقى».

1 ح - إحرامه.

2 د: حج منه.

3 ح - يعني.

4 د: قال.

5 د: مترتبة.

6 د - فقال: لا، فقال صلى الله عليه وسلم: حج عن نفسك.

7 سنن أبي داود، المناسك 25؛ سنن ابن ماجه، المناسك 9.

8 سنن الترمذي، الحج 54؛ سنن النسائي، مناسك الحج 8.

9 ح: الغرض.

10 د: الأضحية.

(فصل) في إحرام الأمة والعبد

(ولو أحرمت أمة بإذن مولاهم فباعها؛ أجزنا) للمشتري (تحليلها) بفعل من محظورات الإحرام، لكن الأولى أن يحللها بغير الجماع كالقص وغيره تعظيماً لأمر الحج، ولا يثبت التحليل بقوله: أحللتك، فإذا عتقت قضت ما أحرمت لأجله. (لا ردها) يعني: قال زفر: يردها المشتري بعيب الإحرام إذا لم يدر إحرامها وقت الشراء.

قيد بقوله: «إذن المولى»؛ لأنه لو كان بغير إذنه؛ فللمشتري أن يحللها¹ اتفاقاً؛ لأن البائع كان له أن يحللها من غير كراهة، فكذا للمشتري؛ لكون الإحرام بغير إذنه.

وقيد بقوله: «فباعها»؛ لأنه لو لم يبعها؛ كره له تحليلها اتفاقاً.

له: إن المشتري وجد فيها وصفاً لا يصح إبطاله، فبردها بالعيب، كما لو اشترى أمة تزوجت بإذن مولاهم.

ولنا: إن الحقين اجتماعاً فيها: حق الله في إتمام الإحرام، وحق العبد في تحليلها، فرجحنا جانب العبد.

(وتحليل حرّة) يعني: أجزنا تحليل حرّة (أحرمت لنفل، ثم تزوجت). وقال زفر: للمتزوج أن يرده² نكاحها، ولا يحللها³؛ لأن

إحرامها صحيح، فليس للغير إبطاله.

ولنا: ما مر في المسألة السابقة.

قيد بقوله: «لنفل»؛ لأنها لو أحرمت لفرض لا يحللها زوجها اتفاقاً؛ لأن حق الزوج لا يظهر في الفرائض.

(أو عبد بإذن) أي: لو أحرمت عبداً بإذن مولاه (نجيزه) أي: نجيز أن يحلل المولى، والشافعي لا يجيزه.

وقيد⁴ العبد اتفاقاً؛ إذ الحكم في الأمة كذلك.

له: إن الإحرام لما صار بإذنه ليس له إبطاله، كما لو أذن لزوجته بذلك، فأحرمت.

ولنا: إن ذات العبد مملوكة للمولى، فكذا منافعه، فإذا أذن بالإحرام صار كأنه أعار منافعه منه، فله أن يرجع، حتى لو أحصر

لا يجب الدم على المولى، بل على العبد بعد العتق، وأما الزوجة؛ فليست مملوكة⁵ له⁶، فكذا منافعتها، إلا أن له فيها حق الاستمتاع، فمتى أبطله بالإذن لا يصح رجوعه.

(أو زوجة) أي: لو أحرمت زوجة (لنفل، فحللها) زوجها لكون إحرامها بغير إذنه، فوجب عليها هدي الإحصار، وقضاء

حجّة [76و] وعمرة، (ثم أذن) زوجها بأن تحج في ذلك العام، (فحجّت من عامها؛ جعلناه) أي: ذلك الحج (قضاء) عن الحجّة

التي رفضتها، (وإن لم تنوه) أي: تلك الزوجة القضاء. «إن» هذه للوصل. (وأسقطنا العمرة والحجّة) عنها جميعاً. وقال زفر: لا يكون

قضاء إذا لم تنوه، ولا تسقط عنها الحجّة ولا العمرة، وإن نوت القضاء تسقط عنها الحجّة دون العمرة.

قيد بقوله: «لنفل»؛ لأنه ليس له أن يحللها في الفرض.

وقيد بقوله: «من عامها»؛ لأنها إذا حجّت من العام الثاني يلزمها العمرة اتفاقاً.

له: إن الحج صار ديناً في ذمتها، فلا يسقط⁷ إلا بنية القضاء، كما إذا تحوّلت السنة يلزمها⁸ العمرة.

ولنا: إنّها تداركت ما لزمها بالرفض من الحج والعمرة، فأدت الحج في وقته من هذا العام، فيكون أداءه؛ لأن وقته قائم، فلا

يحتاج إلى نية القضاء، فيسقطان عنها، بخلاف ما إذا تحوّلت السنة؛ لأنه قد فات عنها تدارك المرفوض في أوانه، فيتقرّر القضاء، فلم

يقع في السنة القابلة عن القضاء إلا بالنية.

1 د: تحللها.

2 د: ترد.

3 د: تحللها.

4 د: قيد.

5 د: بمملوكة.

6 ح - له.

7 د: تسقط.

8 د: تلزمها.

(فصل) في القران

وهو مصدر «قَرَنَ» من باب «نصر»، وفَعَّالٌ يجيء مصدرًا من الثلاثي كلباس.

(نَفَضَلُ الْقِرَانَ مَطْلَقًا) يعني: نقول: القرانُ أفضلُ من التمتع والإفراد، (لا الإفراد). يعني: قال الشافعي: الإفرادُ أفضلُ من

القران والتمتع.

اعلم أنَّ هذه المسألة إنما تَنَضَّح بعد تصور معنى القران والتمتع، وبيان ما هو المراد¹ من الإفراد والله الموفق.

القران: هو أن يجمع المحرم بين العمرة والحج في إحرامه، بأن يقول: لبيك بحجة وعمرة، ويأتي بأفعال العمرة أولًا، ثم بأفعال

الحج من غير أن يحلَّ بينهما.

والتمتع: هو أن يحرم بالعمرة، ويأتيها في أشهر الحج، ثم يحرم بالحج، ويحج من عامه ذلك قبل أن يُلِمَّ بأهله إمامًا

صحيحًا، سواء حلَّ² من عمرته أو لا.

والمرادُ بالإفراد هنا: أن يُفَرِّدَ كلَّ واحدٍ من الحج والعمرة بإحرامٍ وإمامٍ صحيحٍ بينهما، يدلُّ عليه دليل الشافعي. كذا في

«الكفاية».

له: إنَّ في الإفراد أداءَ النسكين بإحرامين وتلبيتين، وقطع مسافيتين وحلقين، وفي القران أداءُهما بإحرام واحد، وسفر واحد،

وتلبية واحدة، وحلق واحد، والأداء الذي فيه تكثير³ الأعمال أولى مما فيه تقليلها.

ولنا: قوله صلى الله عليه وسلم: «يا آل محمد، أهلوا بحجة وعمرة معًا»⁴، وما اختاره صلى الله عليه وسلم لأهله يكون

أفضل، ولا ترجيح بما ذكره؛ لأنَّ التلبية غيرُ محصورة في القارن على مرٍّ، وله أن يكثرها⁵، والإحرام والسفر غير مقصودين؛ لأنهما

وسيلتان، والحلق خروج عن العبادة، فلا يعتبر تكررها⁶.

(فيهل) أي: يرفع القارن صوته بأن يقول: لبيك (بالعمرة والحج معًا من الميقات). ولو نواهما بقلبه ولم يذكرهما بلسانه

أجزأه، لكن الذكر أفضل.

(ويسأل الله تعالى تيسيرهما⁷ وقبولهما عقيب صلاته) وهي الركعتان اللتان صلاحهما عند الإحرام.

(ونأمره) أي: القارن (بترتيب أفعال الحج على أفعال العمرة، فيطوف طوافين، ويسعى سبعين، لا واحدًا). يعني: إذا دخل

القارن مكة يبدأ عندنا بأفعال العمرة، وهي طواف البيت سبعة أشواط مع الرمل في الثلاث الأول منها، والسعي في كل شوط بلا حلق،

ثم يشرع بأفعال الحج، وهي طواف القدوم والسعي بعده، وفعل جميع أفعال الحج كالمفرد بالحج. وقال الشافعي: لا ترتيب بين

النسكين، بل يطوف طوافًا واحدًا، ويسعى سعيًا واحدًا؛ لأن مبنى القران على التداخل، ألا يرى أنه اكتفى بتلبية واحدة، وسفر واحد،

وحلق واحد؛ فينبغي أن يتداخل الطواف والسعي أيضًا.

ولنا: إنَّ القران هو الجمع بين العبادتين، فلا يتحقق ذلك إلا بإتيان أفعال كلِّ منهما، والطواف والسعي مقصودان فيهما، فلا

يتداخلان؛ إذ لا تداخل في العبادات كما سبق بيانه في فصل سجدة التلاوة.

(ثم يذبح) القارنُ (دم القران يوم النحر بعد الرمي) أي: رمي جمرة العقبة. (فإن لم يجد) أي⁸: القارن الدم (صام ثلاثة أيام

يختمها بعرفة) هذا قيدٌ لأفضلية صوم تلك الأيام، وهي يوم التروية ويوم قبله ويوم عرفة. كذا روي عن علي.

(ولو فاتت) أي: عن القارن صيام تلك الأيام حتى أتى يوم النحر (أوجبوا الدم، لا صوم أيام التشريق أو ما بعدها). يعني:

قال مالك: يصوم أيام التشريق أو ثلاثة أيام بعدها؛ لقوله¹ تعالى: ﴿فَصِيَامَ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ فِي الْحَجِّ﴾ [البقرة، 196/2] أي: في وقته، وذو

الحجة كلها وقتٌ عنده.

¹ ح: والمراد.

² د: أحل.

³ ح: يكثر.

⁴ مسند أحمد بن حنبل، 297/6؛ شرح معاني الآثار للطحاوي، 154/2.

⁵ د: تكثرها.

⁶ د: يكررها.

⁷ ح: تيسرهما.

⁸ ح - أي.

ولنا: إنَّ صوم ثلاثة أيام وجب عليه كاملاً، فلا يجوز أن يؤديه بصوم أيام التشريق؛ لأنه منهي عنه، وكذا لا يجوز أن يؤديه² بصوم ما بعدها؛ لأنها ليست في³ وقت الحج عندنا.

(ونجيزه) أي: صوم ثلاثة أيام للمتمتع الذي لم يجد دمًا، وصام بدله (بعد العمرة قبل الإحرام بالحج [76ظ] في التمتع). وقال الشافعي: لا يجوز.

قَيَّد بقوله: «بعد العمرة»؛ لأنه لو صام قبلها لا يجوز اتفاقاً.

وقَيَّد بقوله: «قبل الإحرام»؛ إذ لو صام بعد إحرام الحجَّ إلى يوم النحر يجوز اتفاقاً، والمستحبُّ أن يصوم قبل يوم التروية بيوم ويوم التروية ويوم عرفة. من «المهذب».

له: إنَّ الصوم خلف عن الهدى، والهدى لم يكن جائزاً قبل إحرامه بالحج، فكذا خلفه.

ولنا: إنَّ سبب الهدى هو التمتع، والأصل فيه العمرة؛ لأن الترفق بأداء النسكين إنما حصل بشرعية العمرة في أشهر الحج، لا بشرعية الحج، فيجوز صومه لوجوده بعد انعقاد السبب، كما جاز التكفير بعد جرح الصيد قبل الموت.

أقول: لو ذكر هذه المسألة في فصل التمتع بعد قوله: «فإن لم يجد صام» كما مرَّ؛ لكان أنسب وأخصر؛ لعدم الاحتياج إلى قوله: «في التمتع».

(ثم يصوم) القارن بعد صيام تلك الثلاثة (سبعة) أيام (إذا جمع) أي: فرغ من أعمال الحج، ذكر المسبب وأراد به السبب⁴؛ لأن الفراغ سبب الرجوع؛ لقوله تعالى: ﴿فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامَ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ فِي الْحَجِّ وَسَبْعَةٍ إِذَا رَجَعْتُمْ تِلْكَ عَشْرَةٌ كَامِلَةٌ﴾ [البقرة، 196/2]، والنصُّ وارد في التمتع، لكن القارن في معناه؛ لأن كلاً منهما أدى النسكين في سفر واحد، بل القارن أتى فيه، وفي قوله: ﴿تِلْكَ عَشْرَةٌ كَامِلَةٌ﴾ [البقرة، 196/2] إشارة إلى أنَّ صوم هذه الأيام مع تأخيرها⁵ عن أيام النسك كامل في قيامه مقام الدم المختص بأيام النحر، فإن قدر على الهدى في خلال صوم هذه الأيام أو بعدها قبل الحلق؛ فعليه الهدى، وإن قدر عليه بعد الحلق؛ فلا هدى عليه؛ لأن التحلل قد حصل بالحلق، فلا يغيَّر حكم الحلق⁶ بعد حصول المقصود منه.

(ونجيزه) أي: صوم هذه السبعة (بعد فراغه) من أفعال الحج (بمكة). وهو متعلق بفراغه). وقال الشافعي: لا يجوز؛ لأنه معلق بالرجوع إلى الأهل، فلا يجوز قبله إلا إذا نوى الإقامة بمكة، فيجوز حينئذٍ لتعذر الرجوع.

ولنا: ما نقل عن أثمة التفسير أنَّ المراد من قوله تعالى ﴿إِذَا رَجَعْتُمْ﴾ [البقرة، 196/2]: فرغتم من أفعال الحج، فيجوز في أي موضع كان تسييراً.

(وإذا ابتدأ بالوقوف) يعني: القارن إذا لم يدخل مكة، وتوجه إلى عرفات، فوقف بها، (فقد رفض العمرة)؛ لأنه شرع بأفعال الحج أولاً، فتعدَّر بناء أفعال العمرة عليها؛ لأنه خلاف المشروع، فعلم مما سبق أنه بمجرد التوجُّه إلى عرفات لا يصير رافضاً للعمرة. فإن قلت: مصلي الظهر إذا توجَّه إلى الجمعة قبل فراغ الإمام جعل رافضاً للظهر، فلم لم يجعل هنا بالتوجه إلى عرفات رافضاً للعمرة؟

قلت: مصلي الظهر كان مأموراً بالسعي إلى الجمعة أولاً، فبمجرد التوجه قوَى ذلك، فأبطل الظهر، وأما القارن؛ فلم يكن مأموراً بفعل الحج أولاً، بل كان مأموراً بالعمرة أولاً، فلم يُجعل رافضاً لها إلا بشروع فعل الحج.

(فيلزمه⁸ الدم)؛ لأنه ترك العمرة، وتحلَّل من إحرامها بغير طواف، فصار كالمحصر. (والقضاء) أي: قضاء العمرة للزومها عليه بالشروع. (ويسقط دم القران) عنه؛ لأنه ليس بقارن لرفضه العمرة.

1 د: كقوله.

2 د: تؤديه.

3 د: من.

4 ح: السب.

5 ح: تأخرها.

6 د: الخلف.

7 د - إذا.

8 ح: فيلزم.

(فصل) في التمتع

(نفضلُ التمتع على الأفراد). وقال الشافعي: الأفراد أفضل من التمتع؛ لما تقدم من دليله.
ولنا: إنَّ في التمتع زيادة نسلٍ، وهو وجوبُ دم الشكر عليه؛ لجمعه بين العبادتين.
(والعكسُ روايةٌ) يعني: كونُ الأفراد أفضل من التمتع كما قاله الشافعي روايةً عن أبي حنيفة.
(فبيدأ) من قصد التمتع من الأفاقي (بالعمرة) أي: بإحرامها¹ (من الميقات في أشهر الحج) وهذا القيدُ ليس للاحتراز؛ إذ لو وجد إحرامه قبل أشهر الحج وعمرته فيها يكون متمتعًا، والمسألة هكذا مذكورة في «المنظومة»، ولعله يكون لبيان الأولوية.
(فيطوف لها) أي: للعمرة، وإنما لم يسن طوافُ القدوم في العمرة؛ لأن المعتمر متمكِّنٌ من أدائها حين وصل إلى البيت، وأما الحاجُّ؛ فغير متمكِّنٍ من طواف الزيادة؛ لعدم دخول وقته، فسُنَّ له طوافُ القدوم إلى أن يحيي وقته، وكذا لم يسُنَّ له طوافُ الصدر؛ لأن الطوافَ ركُنٌ معظمٌ في العمرة، فلا يتكرَّرُ في الصدر كالوقوف للحج لا² يتكرر.
(ويسعى، ويقطع التلبية مع استلام الحجر) لما روى ابن عمر: «أنه صلى الله عليه وسلم فعل في عمرته كذا»³. (ولم يأمره به) أي: المتمتع بقطع التلبية (عند مشاهدة البيت إن لبى من الحرم، وعنده) أي: عند الحرم (إن لبى من الميقات). وقال مالكٌ: إذا أحرم المعتمر من الحرم يقطعها عند مشاهدة⁴ البيت، وإذا أحرم من الميقات يقطعها إذا دخل الحرم؛ لما روي عن عمر رضي الله عنه هكذا.

(ويحلق أو يقصر، وقد حلَّ) من عمرته إذا فعل كذا، فيقيم بمكة حلالاً، (ثم يحرم بالحج يوم التروية من الحرم). وإنما قال: (من الحرم)، ولم يقل: من المسجد كما قال⁵ القدوري؛ لئلا يتوهم أنه مخصوص بالمسجد.
(ونفضلُ تقديمه) أي: تقديم الإحرام على يوم التروية (مطلقاً)، أي: سواء ساق المتمتع هدياً أو لم يسق. وقال الشافعي: الأفضل لمن لم يسق⁶ الهدى أن يحرم قبل يوم التروية؛ [77] ليمكن من صوم ثلاثة أيام قبل النحر، والأفضل لمن ساقه أن يحرم من يوم التروية؛ لما روي أنه صلى الله عليه وسلم قال: «إذا توجهتم إلى منى؛ فأهلوا بالحج»⁷، وذلك يكون يوم التروية.
ولنا: قوله صلى الله عليه وسلم: «من أراد الحج فليتعجل»⁸، وما رواه محمود على التخفيف، وبيان جواز التأخير إلى ذلك الوقت. هذا حاصل ما⁹ في «شرح المصنف».

أقول: إذا كان قولُ الشافعي مفصلاً؛ كان ينبغي أن يبيِّنَه على التفصيل بالإرداف.
(ويفعل كالمفرد بالحج)؛ لأنه مؤدِّ للحج أيضاً، (ويرمل، ويسعى في طواف الزيارة) يعني: يرمل في الثلاثة الأول من طواف الزيارة، ويسعى بعده بين الصفا والمروة؛ لأنه أوَّلُ طوافٍ له في الحج. (إن لم يكن قدَّمهما بعده) أي: الطواف والسعي بعد الإحرام، وإن كان قد طاف وسعى بعد إحرامه قبل أن يروح إلى منى؛ لم يرمل في طواف الزيارة، ولم يسع بعده؛ لأن تكراره غير مشروع.
(ثم يأتي بدم التمتع) لقوله تعالى: ﴿فَمَنْ تَمَتَّعَ بِالْعُمْرَةِ إِلَى الْحَجِّ فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ﴾ [البقرة، 196/2]، وهذا الدم واجبٌ شكرًا لنعمة الجمع بين العبادتين.

(فإن لم يجد) المتمتع دماً (صام، كما مرَّ) في فصل القران، يعني: صام ثلاثة أيام في الحج، وسبعة إذا رجع إلى أهله.
(وإن ساق الهدى) بسكون الدال جمع هدية، وهي ما يُهدي إلى الحرم من النعم، يقال: أهديت له وأهديت إليه، ويجوز بتشديد الباء، فيكون جمع هدية، وقرئ: ﴿حَتَّى يَبْلُغَ الْهَدْيُ مَحَلَّهُ﴾ [البقرة، 196/2] بالتخفيف والتشديد. كذا في «الصحاح». (كان أفضل) من الذي لم يسق الهدى؛ لما روي «أنه صلى الله عليه وسلم ساق الهدايا مع نفسه»¹، ولأنَّ فيه استعداداً للطاعة.

¹ ح: بإحرامها.

² د: ولا.

³ سنن أبي داود، المناسك 28؛ سنن الترمذي، الحج 79.

⁴ ح + هذه.

⁵ د: قاله.

⁶ د: تسق.

⁷ مسند الشافعي، ص 366. وبمعناه انظر: صحيح مسلم، الحج 139.

⁸ سنن أبي داود، المناسك 5؛ سنن ابن ماجه، المناسك 1.

⁹ ح - ما.

(وإن كانت) الهدى (بدنةً)، وهي ناقة أو بقرة، (قَلْدُهَا) أي: جعل قطعةً مزادةً أو نعل² فلادةً لها، (ولا نَسْنُهُ في الغنم) يعني: التقليد في الغنم ليس بسنة³ عندنا. وقال الشافعي: سنة فيه كما في الإبل.

ولنا: إنَّه صلى الله عليه وسلم قلد الغنم مرة⁴، ولو كان سنةً لكرهه.

(والإشعار) وهو أن يطعن في أسفل سنام الناقة، ويلطخ سنامها بالدم إعلامًا (مكروهًا) عند أبي حنيفة. وقالوا: إنه حسن؛ لما روي أنه صلى الله عليه وسلم فعله⁵.

وله: إنَّ الإشعارَ تعذيبٌ للحيوان، وإنَّه منهيٌّ عنه، فيكون مكروهًا، وإنما فعله صلى الله عليه وسلم؛ لأنَّ المشركين لم يكونوا ممتنعين عن تعرُّض الهدايا إلا بالإشعار.

قيل: كره أبو حنيفة إشعار أهل زمانه لمبالغتهم فيه.

(وتقدّم الإحرام على التقليد) يعني: إذا أراد المتمتع سوقَ الهدى يحرم أولًا، ثم يقلد هديه، ويسوقه عندنا. وقال الشافعي: يقلده، ثم يحرم؛ لما روت عائشة رضي الله عنها: أنه صلى الله عليه وسلم فعل كذا⁶.

ولنا: ما روى ابن عباس رضي الله عنهما: «أنَّه صلى الله عليه وسلم أحرم أولًا، ثم قلد هديه»⁷، وروايته أرجح؛ لأنَّ الرجال أشدُّ اطلاعًا على أفعاله الظاهرة من النساء.

(ونجعلهُ بتقليده وسوقه محرّمًا) يعني: من أراد التمتع صار محرّمًا عندنا بمجرد تقليد بدنته وسوقه. وقال الشافعي: لا يصيرُ محرّمًا بلا تلبية، كما لو جللها أو أشعرها.

ولنا: قوله صلى الله عليه وسلم: «من قلد بدنته؛ فقد أحرم»⁸.

فإن قلت: كيف يتحقّق الخلافُ، إن كان على تقدير وجود النية يكون ذكرُ السوق والتقليد ضائعًا؛ إذ النية كافيةٌ عنده كما قال في «المنظومة» في مقالة الشافعي:

ثم يصير محرّمًا بنيته ❁ ويكره المزيد في تلبيته

وإن كان على تقدير عدمها؛ ينبغي ألا يصير محرّمًا اتفاقًا؛ إذ النية في العبادات شرط؟

قلنا: الخلافُ متحقّقٌ على تقدير النية؛ لأنها غيرُ كافيةٍ عنده، بل لا بُدَّ معها من التلبية في أحد قوليه، وفعلُ التقليد لا يقوم مقام الذكر عنده، كما لو ركع في الصلاة بنية الشروع لا يصير شارعًا، وعندنا يقوم؛ لأنَّ التقليد إجابةٌ بالفعل، كما أن التلبية إجابةٌ بالقول، فيصير محرّمًا به، كما بالتلبية. هذا إذا حصل في أشهر الحجّ، وأما إذا حصل قبلها؛ لا يصير محرّمًا ما لم يدرك⁹ الهدى ويسير معه فيها؛ لأنَّه فعلٌ من أفعال الحجّ، فلا يعتدُّ به في غير أشهره. كذا في «النهاية».

(فإذا دخل) المتمتع الذي ساق الهدى (مكة طاف، وسعى، ولم يتحلّل) كما كان يتحلل المتمتع الذي لم يسق الهدى؛ لما روي أنه صلى الله عليه وسلم قال: «إني قلدتُ هديي؛ فلا أحل حتى أنحر»¹⁰.

(ويحرم بالحج) ويفعل أفعاله، (فإذا حلق يوم النحر بعد الذبح) أي: ذبح دم المتعة (حلّ من¹¹ الإحرامين) أي: من إحرام¹ الحجّ والعمرة جميعًا، إلا في حق النساء، فإن كلا الإحرامين في حقهنّ باقي إلى طواف الزيارة، حتى لو جامع القارن بعد الحلق قبل الطواف يجب عليه دمان.

¹ صحيح البخاري، الحج 103؛ صحيح مسلم، الحج 174.

² ح: فعل.

³ د: سنة.

⁴ صحيح مسلم، الحج 367؛ سنن ابن ماجه، المناسك 95.

⁵ صحيح مسلم، الحج 205؛ سنن أبي داود، المناسك 14.

⁶ صحيح ابن خزيمة، 166/4.

⁷ صحيح البخاري، الحج 22 بمعناه.

⁸ مسند ابن أبي سبيبة، 43/8-44، عن ابن عمر وابن عباس قولهما.

⁹ د: ندرك.

¹⁰ صحيح البخاري، الحج 33؛ صحيح مسلم، الحج 176.

¹¹ ح: في.

(ويقرن الآفاقي، ويتمتع، ويفرد أهل مكة) وليس لهم قرانٌ ولا تمتعٌ؛ لما روي عن عمر أنه قال: ليس لأهل مكة قران ولا تمتع، ولأن شرعية القران والتمتع للآفاقي كان للترفيه والتخفيف في السفر، ولا سفرٌ في حق المكي، فلا ترفيه، حتى إذا خرج المكي من الميقات فقرن صحَّ؛ لأن عمرته وحجَّته يكونان ميقاتيتين كالأفاقي، وأما لو تمتع [77ظ] المكي بعدما خرج من الميقات؛ فلا يجوز؛ لأن إحرامه للحج يكون مكياً، ولا تمتع للمكي.

(وأضافوا إليهم) أي: إلى أهل مكة (من يليهم² إلى الميقات) فلم يجوزوا القران والتمتع لمن في داخل الميقات، كما لم يجز لأهل مكة وإن كان بعيداً من مكة مسيرة سفرٍ. وقال مالك: يجوز لهم ذلك؛ لقوله تعالى: ﴿ذَلِكَ لِمَنْ لَمْ يَكُنْ أَهْلَهُ حَاضِرِي الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ﴾ [البقرة، 196/2]، وذلك إشارة إلى التمتع، ومن في داخل الميقات لم يكن من حاضري المسجد، فيجوز لهم³ القران والتمتع.

ولنا: إن من يلي أهل مكة إلى الميقات أتباع لهم، فيلحق بهم، فيكون في حكم حاضري المسجد. (فإن اعتمر الآفاقي) المتمتع، (ولم يسق) بدنه، (ثم عاد إلى بلده بعد فراغه من العمرة؛ بطل تمتعه)؛ لأنه إذا رجع إلى أهله، ونزل بهم؛ لا يكون مؤدياً في سفر واحد نسكين؛ لأن سفر عمرته انتهى بالعود، ويكون حجُّه بسفرٍ آخر. (ويشترط) في صحة التمتع: (ألا يلم بأهله) أي: لا ينزل بهم (بينهما) أي: بين عمرته في أشهر الحج وحجَّه في سنة واحدة (إلماً صحيحاً) وهو أن ينزل في وطنه بلا استحقاق العود إلى مكة. احترز به عن الإلمام الفاسد، فإنه لا يمنع صحة التمتع، كما إذا عاد إلى بلده وقد ساق الهدى.

(وأبطله لو كان سائقاً، فعاد، ثم رجع، فحج) يعني: المتمتع لو كان ساق بدنة، ثم عاد إلى أهله بعد إتمام العمرة، ثم رجع، فحج من عامه ذلك؛ بطل⁴ تمتعه عند محمد. (أو كان طاف الأكثر) يعني: أبطله محمد لو كان المتمتع الغير السائق⁵ طاف أكثر أشواط العمرة، ثم عاد إلى أهله، ثم رجع، فأتمها، فحج من عامه. (أو آخر الحلق) أي: أبطله أيضاً إذا رجع المتمتع المذكور إلى أهله بعد الطواف والسعي في عمرته قبل الحلق، خلافاً لهما في تلك المسائل.

له: إنَّه لم يجمع بين النسكين في سفرٍ واحدٍ؛ لأن سفره الأول انتهى بإلمامه بأهله. (ولهما: إنَّ سوق الهدى وعدم الحلق وعدم إتمام العمرة يمنعه من التحلل، فكان حكم السفر الأول قائماً لاستحقاقه العود إلى مكة، فصار كأنه لم يلم بأهله.

(ومن أحرَم لها) أي: للعمرة (قبل أشهر الحج، فطاف أقل من أربعة أشواط، ثم دخلت) أشهر الحج، (فأتمها) أي: عمرته، (وأحرَم بالحج؛ كان متمتعاً)؛ لأن المعتبر⁶ في التمتع أن توجد أركان العمرة كالطواف والسعي في أشهر الحج، ووجود أكثر الأشواط فيها كوجود كلها. (وعكسوا لو طاف أكثرها) يعني: في الصورة السابقة لو طاف أكثر الأشواط قبل الأشهر لم يكن متمتعاً عندنا، خلافاً لمالك.

له: إنَّ تمامها وجد في الأشهر، فيكون جامعاً بين النسكين. (ولنا: إنَّ للأكثر حكم الكل، فإذا وجد الأكثر قبل الأشهر وجد الكل قبلها، فلا يكون جامعاً بينهما فيها. (ولو اعتمر كوفي) دخل مكة بنية التمتع (في الأشهر، وحل) بعد فراغه من العمرة، (وخرج إلى البصرة)، وأقام فيها خمسة عشر يوماً أو أكثر، (وعاد) إلى مكة، (فحج⁸ من عامه؛ فهو متمتع) عند أبي حنيفة، خلافاً لهما. قيّد بـ«الكوفي» احترازاً عن أهل مكة؛ لأنه لا تمتع لهم اتفاقاً، وهذا الحكم غير مختص بالكوفي، بل كل من كان آفاقياً كذلك.

1 ح: إحرام.
2 ح: يليهم.
3 د - لهم.
4 د - بطل.
5 ح: السابق.
6 ح: المعتبر.
7 ح: فماذا.
8 د: وحج.

وقيد بـ«الأشهر»؛ لأنه لو اعتمر في غير أشهر الحج لا يكون متمتعاً اتفاقاً.

وقيد بـ«الخروج إلى البصرة»؛ لأنه لو أقام بمكة حتى يحج¹ من عامه ذلك يكون متمتعاً اتفاقاً.

وقيدنا بقولنا: وأقام فيها؛ لأنه لو لم ينو الإقامة فيها يكون متمتعاً اتفاقاً؛ لبقاء سفره الأول.

وقيد بقوله: «من عامه»؛ لأنه إذا لم يحج في تلك السنة لا يكون متمتعاً اتفاقاً. كذا في «المصفي».

لهما: إنَّ حكمَ السفر الأول بطل بإقامته بالبصرة، فلا يكون جامعاً بين النُّسكين في سفرٍ واحدٍ؛ لأنَّ الرجوع من البصرة لإنشاء سفرٍ آخر، فصار كما لو عاد إلى الكوفة حالاً، ثم حجَّ من عامه ذلك لا يكون متمتعاً.

وله: إنَّ السفرَ الأول لم ينته بخروجه إلى البصرة؛ لأنه لم يُعُدَّ إلى وطنه الأصلي؛ لأنَّ المراد من السفر الواحد في التمتع: ألا يلمَّ بأهله بين النُّسكين إماماً صحيحاً، بخلاف ما لو عاد إلى الكوفة حالاً؛ لأنه ألمَّ بأهله، فلا² يكون متمتعاً.

(ولو أفسدها) أي: المعتمر المذكور عمرته، **(وأنى البصرة)**، وأقام بها، **(وعاد)** إلى مكة، **(فقضى)** عمرته التي أفسدها، ثم أحرم بالحج، **(فحج³)** من عامه ذلك؛ **(فهو بالعكس)** يعني: لا يكون متمتعاً عند أبي حنيفة خلافاً لهما.

لهما: إنَّ السفر الأول بطل بإقامته بالبصرة، فلما أنشأ منها سفرًا وجمع فيه بين نسكين⁴ كان متمتعاً، كما لو عاد إلى الكوفة بعدما أفسد العمرة، ثم أتى مكة، وقضى العمرة، وحجَّ من عامه ذلك يكون متمتعاً.

وله: إنَّه لما أفسد عمرته التحق بأهل مكة في وجوب المقام بها؛ ليقضي عمرته، فلا يصير متمتعاً؛ إذ لا تمتع لهم، ولهذا لو لم يخرج من مكة حتى قضاها، وحجَّ من عامه؛ لم يكن متمتعاً اتفاقاً؛ لأنَّ عمرته تكون مكئية، والواجب في التمتع أن تكون عمرته ميقاتية، وحجته مكئية، بخلاف ما لو عاد إلى الكوفة بعد إفساد [78] العمرة؛ لأنه ألمَّ بأهله، وخرج عن أن يكون في حكم المكِّي.

(والمكِّي الذي طاف أقلها) أي: أقل العمرة، **(ثم أحرم بالحج يتركه ويقضيه)** يعني: الأولى له عند أبي حنيفة أن يترك الحج، ويقضيه من العام القابل، ويتيمَّ عمرته. **(وقال: يتركها ويقضيهما)** يعني: الأولى له عندهما أن يتم الحج، ويترك العمرة، ثم يقضيهما بعد الفراغ من الحج.

قيد بـ«المكي»؛ لأنَّ الأفاقي إذا أحرم بالحج بعدما طاف أقل العمرة يكون قارئاً اتفاقاً.

وقيد بقوله: «طاف»؛ لأنه لو لم يطفَّ بالعمرة أصلاً يرفض العمرة اتفاقاً.

وقيد بقوله: «أقلها»؛ لأنه لو طاف أكثرها يترك الحج اتفاقاً.

لهما: إنَّ العمرة أدنى حالاً، وأقلُّ أعمالاً، وأيسرُ قضاءً؛ لكونها غير مؤقَّتة، بخلاف الحج، فيكون رفضها أولى.

وله: إنَّ في رفض العمرة إبطال العمل، وقد قال الله⁵ تعالى: ﴿وَلَا تَبْطُلُوا أَعْمَالَكُمْ﴾ [محمد، 33/47]، وإنَّ إحرامها تأكَّد بالطواف، وإحرام الحج لم يتأكَّد، ورفض غير المتأكد يكون أيسر.

ثم إنَّه أيهما رفض يجب عليه دمٌ؛ لأنه تحلل قبل أوانه، فكان في معنى المحصر، إلا أنه إذا رفض العمرة، فعليه القضاء. وإذا رفض الحج؛ فعليه قضاؤه وعمره أيضاً؛ لأنه في معنى فائت الحج. وإن مضى المكِّي المذكور عليهما أجزاء مع الكراهة، وعليه دمٌ جبراً لنقصان عمله؛ لأنه ارتكب المنهَى.

(فصل) في الجنایات على الإحرام

والمراد منها: ما يحرم من الفعل في إحرامه.

(إذا طيب المحرم عضوًا يجب عليه دمٌ) أي: شاة، **(وفي الأقل صدقةً)** يعني: يجب عليه في تطيبه أقل من عضو صدقة؛ لقصور الجنابة.

(ونوجبه) أي: الدم **(في الناسي)** أي: في جنابة من جنى على إحرامه ناسياً. وقال الشافعي: لا شيء عليه؛ لأن النسيان عفو، كما في الصوم.

1 ح: حج.

2 د: ولا.

3 د: وحج.

4 د: النسكين.

5 د - الله.

ولنا: إنَّه ارتكب محظورَ الإحرام، فيجب عليه الجزاء، وفي الإحرام حالةٌ مذكّرة، فلا¹ يصير النسيانُ فيه كالنسيان في الصوم.
(لا الصبي) بالجرّ معطوف على «الناسي»، يعني: لا يجب على الصبيّ المحرم في جنايته شيءٌ. وقال الشافعي: يجب عليه تعظيمًا لشأن الإحرام كالبالغ.

ولنا: إنه غيرُ مكلفٍ، وفعله غيرُ موصوفٍ بالحرمة، فلا يكون جانيًا.
(ونعكس) الحكم السابق، وهو الوجوب، يعني: لا يجب (في شمه) أي: شم المحرم طيبًا. وقال الشافعي: يجب عليه دمٌ؛ لأن الغرضَ من الطيب الرائحة، وقد وُجدت فيه.
قيّد بـ«الشم» المشعر² بالقصد؛ لأنَّ الرائحة إن حصلت له لا بقصده لا يجب دمٌ اتفانًا.
ولنا: إنَّ المنهي عنه عينُ الطيب، وأثره معفوٌّ، يدلُّ عليه قوله صلى الله عليه وسلم: «لا يلبس المحرمُ شيئًا مسه زعفران إلا أن يكون غسيلًا»³.

(وأكل كثيره) أي: أكل المحرم كثيرًا من الطيب، بحيث يلتزق بكلِّ فمه أو أكثره (موجبٌ له) أي: للاكل دمًا عند أبي حنيفة. ذكر الوجوب باللام تضييماً فيه معنى الإلزام. (وفي قليله) أي: في أكل قليل من الطيب (صدقةٌ بقدره) أي: بقدر الدم، يعني: إن التزق الطيبُ بثُلث فمه يلزمه صدقةٌ تبلغ ثلث الدم، وإن التزق بنصفه فصدقةٌ تبلغ نصفه عند أبي حنيفة. وقالوا: لا شيءٌ عليه في أكل الطيب قَلٌّ أو كَثُرٌ؛ لأن أكله استهلاكٌ لا استعمال، فصار كأكله مع الطعام.

وله: إنَّ الفمَّ يقصد تطييبه بأكله، فيكون جنايةً، بخلاف أكله مع الطعام، فإنَّ تطييبَ الفم حينئذٍ لا يكون مقصودًا.
(ويجب) دمٌ (بتغطية رأسه، ولبس مخيطٍ) الواو فيه بمعنى «أو»، يعني: يجب دمٌ بكلِّ منهما.
(ونشرط⁴ لهما) أي: لكل من التغطية واللبس في وجوب الدم به (كمالٌ يوم)، حتى لو لبس مخيطًا أو غطّى رأسه أقلَّ منه يلزمه صدقةٌ عندنا. وقال الشافعي: يجب بهما دمٌ وإن وُجد في ساعةٍ؛ لارتكابه المحظور، فلا يُشترطُ امتداده كسائر المحظورات.
ولنا: ما روي أنَّه صلى الله عليه وسلم سئل عن محرم يلبس مخيطًا؟ فقال صلى الله عليه وسلم: «عليه دمٌ إذا لبس يومًا كاملاً»⁵.

ولو أراق دمًا للبسه يومًا، ولم ينزعه؛ فعليه دمٌ آخرٌ؛ لأن الدوامَ عليه كجنايةٍ مبتدأةٍ. ولو لبس المخيطَ أيامًا، أو لبس في يوم أنواعًا منه كالقلنسوة والقباء والخفين؛ يلزمه دمٌ واحدٌ؛ لأنه جنس واحدٌ.

وفي «المخيط»: لو كان به حمى غب، فلبس الثوبَ يومًا لاحتياجه إليه، ويومًا لم يلبسه، فامتدَّ على ذلك؛ فعليه كفارةٌ واحدةٌ؛ لأن تلك الحمى ما دامت قائمةً فاللبسُ متحدٌ للضرورة، ومتى زالت وحدثت حمى أخرى اختلف حكمُ اللبس، فلزمه⁶ كفارةٌ أخرى.

(ولو لم يجد) المحرم ما يتزر به (إلا السراويل، فلبسه، ولم يفتشقه) بفتح حرف المضارعة وضم التاء، أي: لم يشقه (نوجه) أي: يجب عليه دمٌ عندنا. وقال الشافعي: لا يجب؛ لأنَّه مضطَّرُّ إلى لبسه لستر عورته، وفي فتقه إضرارٌ له بتنقيص ماله، بخلاف الخفين، حيث وجب قطعهما أسفل من الكعبين؛ لأنه غيرُ مضطَّرِّ إلى لبسهما، بل هو لدفع الأذى.

ولنا: إنَّ لبس المخيط محظورُ الإحرام، والعذرُ لا يُسقطُ حرمة، فيجب عليه الجزاء، كما وجب في الحلق لدفع الأذى.
(وأجزنا وضع القباء [78ظ] على المنكبين من غير إدخال اليدين). وقال زفر: لا يجوز، فيلزم به دمٌ؛ لأنه ارتفق بلبس المخيط، وقد يلبس هكذا عادةً.

ولنا: إنَّه ارتداءٌ لا لبسٌ، ولهذا يحتاج في حفظه إلى تكلفٍ، ولبسُ المخيط لا يتكلفُ في حفظه عند الاشتغال بالعمل.
ولو زرَّ عليه من غير إدخال يديه كان لا بسًا؛ لأنه لم يكن محتاجًا في حفظه إلى تكلفٍ.

1 ح - فلا.

2 ح: القصد.

3 مسند أحمد بن حنبل، 41/2. وروي بدون لفظ «إلا أن يكون غسيلًا» في صحيح البخاري، الحج 20؛ صحيح مسلم، الحج 2.

4 د: ونشرط.

5 لم نجد.

6 ح: فلزم.

(والغسل بالخطمي والادهان موجب له. وقالوا: صدقة) يعني: إذا غسل المحرّم رأسه ولحيته بالخطمي، أو دهن عضوه بدهن؛ فعليه دمٌ عند أبي حنيفة. وقالوا: صدقة.

وفي «التجريد»: لو ادهن بالشحم أو بالسمن لا شيء عليه. هذا إذا استكثر منه. أما إذا استقل؛ فعليه صدقة اتفاقاً. من

الفوائد.

له: إنَّ الخطمي لا يخلو عن طيبٍ، ولهذا يتطَيَّب به أهلُ العراق، وكذا الزيتُ ونحوه؛ لأنه يتطيب به، ويزيلُ الشعثَ، ويقتلُ الهوامَّ، فيتكامل به الجنائهُ.

ولهما: إنَّ كلاً من الخطمي والادهان لا يتطَيَّب به عادةً، إلا أنَّ فيه ارتفاعاً من جهة إزالة الشعث، فيقتصر به الجنائهُ.

قيل: الخلاف في خطمي العراق؛ لأن له رائحةً طيبةً، ولا شيء في استعمال غيره اتفاقاً، وكذا الخلاف في الدهن الخالص، وأما المطيب منه؛ فيجب فيه دمٌ اتفاقاً.

وفي «المصنفي»: الخلافُ فيما إذا لم يكن مطبوخاً، وأما الزيتُ المطبوخُ؛ ففيه دمٌ اتفاقاً، وكذا الخلافُ فيما إذا استعمله على وجه التطيّب، وإن استعمله على وجه التداوي؛ فلا شيء عليه اتفاقاً، بخلاف المسك، فإن في استعماله دمًا وإن كان على وجه التداوي؛ لأنه طيبٌ بنفسه. كذا في «التبيين».

(وتأخيرُ النسك) أي: نسك الحج عن زمانه، كتأخير الحلق، أو طواف الزيارة عن أيام النحر، وتأخير الجمار الثلاث إلى اليوم الثالث أو الرابع، وتأخير القارن الذبح عن الحلق، **(وتقديمه)** أي: تقديم نسكٍ على نسكٍ، كتقديم الحلق على الرمي، أو الحلق على الذبح، أو تقديم القارن النحر على الرمي، **(موجبٌ له مطلقاً)** أي: ملزمٌ له دمًا عند أبي حنيفة، سواءً كان التقديم والتأخير² من جهة الزمان كما مرَّ، أو من جهة المكان، كما أن الحلق كان مختصاً بمكان الحرم، فأخّره عنه، فحلق في الحل؛ لما روي أنه صلى الله عليه وسلم قال: «من قدّم نسكاً على نسكٍ أو أخّره عنه؛ فعليه دم»³.

(ويخالفه مطلقاً) يعني: قال أبو يوسف: لا يلزم دمٌ في تأخير نسكٍ أو تقديمه في الزمان أو المكان؛ لما روي أنه صلى الله عليه وسلم لما سئل عن تقديم نسكٍ وتأخيره، قال: «افعل ولا حرج»⁴.

والجوابُ عنه: إنَّ هذا الحديثُ محمولٌ على الابتداء، حيث لم تستقرَّ أفعالُ المناسك. كذا في «المحيط».

(واعتبره في المكان دون الزمان) يعني: قال محمد: يجب دمٌ إذا غيّر النسك عن مكانه دون زمانه؛ لأنَّ اختصاص المناسك بأماكنها أكثر من اختصاصها بأزمنتها، ولهذا يؤدّى في غير أوانها على وجه القضاء، ولا يؤدّى⁵ في غير أماكنها.

(وكذا حلقُ مواضع المحاجم) جمع المحجم، وهو بكسر الميم: قارورةُ الحجّام، يعني: إذا حلق المحرّم شعرَ محجمه؛ فعليه دمٌ عند أبي حنيفة. **(وقالوا: صدقة)**؛ لأن المحجم إنما يخلق للحجامة، لا لكونه مقصوداً في نفسه، والحجامة ليست من محظورات الإحرام، فكذا ما يكون وسيلةً لها.

وله: إنَّ حلقه مقصودٌ لمن يحتجم، وكونه وسيلةً لا ينافي كونه مقصوداً، كالإيمان، فإنه وسيلةٌ لصحة العبادات، مع أنّه أعظم المقاصد، والمحجمُ عضوٌ كامل في حق الحجامة، وقد أزال منه النفثَ، فيجب به الدمُّ.

وفي «المحيط»: لو حلق إبطيه؛ فعليه دمٌ واحدٌ؛ لأنه جنائتان من جنسٍ واحدٍ، فيكتفى بجزءٍ واحدٍ. ولو حلق أكثرَ أحد إبطيه لا يجب دمٌ؛ لأنه ليس بارتفاقيٍّ كاملٍ؛ لأن حلق بعضه ليس بمعتاد كالرأس. ولو حلق شاربه؛ فعليه صدقةٌ؛ لأنه تبعٌ للحية.

(ونلحق الربع بالكلِّ فيه) أي: في الرأس، **(لا ثلاث شعرات)** يعني: إذا حلق ربعَ رأسه يلزمه دمٌ، كما إذا حلق كلّه. وقال

الشافعيُّ: حلقُ ثلاث شعرات كحلق كلِّ رأسه؛ لأنَّ⁶ الشعرَ استفاداً أمناً بالإحرام، فيجب بتفويت ثلاث شعراتٍ دمٌ، سواءً أزالها من رأسه أو بدنه، وفي واحدةٍ منها ثلثُ دمٍ في قول.

¹ ح - إذا.

² د: التأخير والتقديم.

³ مصنف ابن أبي شيبة، 586/8؛ شرح معاني الآثار، 238/2، بمعناه عن ابن عباس قوله.

⁴ صحيح البخاري، العلم 23؛ صحيح مسلم، الحج 327.

⁵ د: تؤدى.

⁶ ح: لأنه.

ولنا: إنَّ ربعَ الرأسِ قد يخلق للارتفاق في¹ العادة، فيلحق هو بكليته، ولا يلحق ما دونه، ولهذا لو طَبَّ ربعَ العضو لا يلزمه شيء؛² لأنه غيرُ معتادٍ. وكذا لو حلق ربع اللحية يلحق بكليتها؛ لأنه متعارفٌ بالعراق وأرض العرب.

(ولو حلق غيره) أي: المحرم عضو غيره، محرماً كان ذلك الغير أو حلالاً، (نلزمه بها) أي: يلزم الحالق صدقةً عندنا. وقال الشافعي: لا يلزم؛ لأنَّ الارتفاق حصل للمحلق لا للحالق، فصار كإلباس المخيط غيره.

ولنا: إنَّ الارتفاق حصل له من وجهٍ دون وجهٍ؛ لأنَّ الإنسان يتأذى بتفتُّ غيره، كما يتأذى بتفتُّ نفسه، إلا أنَّ الجنابة تكمل² في شعر نفسه؛ لحصول الارتفاق له، فيلزمه دمٌ، وتقصر³ في غيره، فتكفيه⁴ الصدقة.

(أو حلقه) أي: المحرم رجل (آخر بغير أمره منعناه) أي: المحلق (فيما نغرمه⁵) [79و] أي: فيما نأمر المحلق بغرامة الدم؛ لكون⁶ عضوه محلولاً (عن الرجوع على الحالق). وقال زفر: يرجع ما غرمه على الحالق؛ لأنه صار سبباً لغرامته.

قيد بقوله: «بغير أمره»؛ لأنه لو كان بأمره لا يرجع اتفاقاً.

ولنا: إنَّ الارتفاق إنما حصل للمحلق، فلا يرجع ما غرم لأجله على غيره، كما لا يرجع المغرور ما ضمنه من العقر على من غره؛ لأنه بدلٌ ما استوفاه من الوطء.

اعلم أنَّ قوله: «نغرمه» يدلُّ على خلاف الشافعي، هو⁷ يقول: لا غرامة على المحلق؛ لأنه إن كان مكرهاً يرجع حكمُ الفعل على المكره، وإن كان نائماً؛ بالطريق الأولى يرجع فعله على الحالق؛ لأنَّ النائم لا اختيار له أصلاً، والمكره له اختيار فاسدٌ.

ولنا: إنَّ أثر الفعل - وهو الارتفاق - إنما حصل للمحلق، فيجب الجزاء له، وبالإكراه ينتفي المأثم دون الحكم، ولهذا يجب الاغتسال على المكره إذا وطئ.

(ولو تطيب، أو لبس، أو حلق لعنبر ذبيح) في الحرم؛ لأنَّ هذا الدم غير مختصَّ بالزمان، فوجب أن يكون مختصاً بالمكان؛ لأن كونه قربةً إنما يكون بأحدهما. (أو صام ثلاثة أيام، أو تصدق بثلاثة أصوع) على وزن أرجل، جمع صاع، (من طعام على ستة

مساكين) في أي موضع شاء؛ لما روي أنه صلى الله عليه وسلم قال لكعب بن عجرة: «أيؤذيك هوام رأسك؟» فقال: نعم، فقال صلى الله عليه وسلم: «الحلق واذبح شاةً، أو صم ثلاثة أيام، أو أطعم ستة مساكين، كل مسكين نصف صاع من بر»⁸.

(ويجيز) أبو يوسف (إباحته) أي: إباحة الطعام في الغداء⁹ والعشاء؛ لأن لفظ الحديث ورد بالإطعام، فالإباحة يكون كافيةً فيه.

(وشروط) محمد (تمليكه)؛ لأنه صدقةٌ، فلا بد من التملك كالزكاة.

(ويجب دمٌ بقص كلِّ الأظفار) من يديه ورجليه؛ لأنه ارتفق به ارتفاعاً كاملاً، (وبها) أي: يجب دمٌ بقص الأظفار (من يدٍ) واحدة، (أو رجلٍ) واحدة؛ لأن كلاً منهما ربعٌ لمجموع اليدين والرجلين، والربع يقوم مقام الكلِّ.

(وأوجبنا) على محرم قصِّ أظفيره (عن ثلاث أصابع) من يد الواحدة (صاعاً ونصفاً) يعني: عن كلِّ إصبع نصف صاعٍ، (لا دمًا). وقال زفر: عليه دمٌ.

قيدنا بقولنا: «من يده الواحدة»؛ لأنه لو كان من يديه لا يجب الدم اتفاقاً؛ لأن الارتفاق لا يحصل عند افتراق القصِّ.

له: إنَّ الدم كان واجباً في قصِّ أصابع يده، فيجب في ثلاثة منها؛ لأنها أكثرها.

ولنا: إنَّ الدم وجب في يدٍ واحدة؛ لأنها ربع الكلِّ، فلو جعلنا أكثر الربع مقامَ الربع كان نصبُ البدل للبدل بالرأي، وإنَّه غيرُ

جائزٌ.

¹ ح - في.

² ح: يكمل.

³ ح: ويقصر.

⁴ ح: فيكفيه.

⁵ ح: نغرمه.

⁶ ح: يكون.

⁷ ح: وهو.

⁸ صحيح البخاري، الإحصار، 6، 8، 9؛ صحيح مسلم، الحج، 80، 86.

⁹ ح: الغداء.

(وأوجه) أي: محمدٌ دمًا (في خمسة) أي: في قص خمسة أظافر (متفرقة) من يديه ورجليه؛ لأنها ربغ لجميع أظفاره، فصار كما إذا قصها من يدٍ واحدة.

(وقالوا: صدقة)؛ لأن الجناية في القص لكونه سبب الراحة، وهي إنما تكمل¹ إذا كانت مجتمعةً. وكذا الخلاف إذا قص أكثر من خمسة متفرقاً²، فعند³ محمد: عليه دمٌ، وعندهما: لكل ظفر نصف صاعٍ من برٍّ إلا أن يبلغ قيمة المجموع دمًا، فينقص منه ما شاء، ويتصدق بباقيه.

(ودمًا في يدين أو رجلين في مجلسين) يعني: إذا قص أظافر يديه في مجلسين، أو رجله في مجلسين، ولم يتخلل بينهما كفارة؛ يجب عليه دمٌ واحدٌ عند محمد. (وقالوا: دمان) أي: يجب عليه دمان.

إنما قيدنا بـ«عدم التخلل»؛ لأن الكفارة لو تخللت يجب عليه دمان اتفاقاً، لارتفاع الجناية الأولى بالتكفير. ويُقد بـ«مجلسين»؛ لأنه إن كان في مجلس واحدٍ يجب دمٌ واحدٌ اتفاقاً. من «الحقائق».

له: إنَّ الجنس واحدٌ، فيتداخل، كما تداخل كفارات الإفطار في أيام رمضان، وترك الجمار في أيام النحر. ولهما: إنَّ معنى العبادة غالبٌ في كفارات الإحرام، حتى⁴ وجبت على المعذور، فيتقيد التداخل باتحاد المجلس، كما في سجدة التلاوة، وأما في كفارة الإفطار؛ فمعنى العقوبة غالبٌ، ولهذا لم يجب على المكره والمخطئ، فتندرى بالشبهات، فيتداخل، ورمي الجمار كلها واجبٌ واحدٌ، فتركها يكون جنايةً واحدةً.

(ونفسد الحج بالجماع قبل الوقوف) عرفات (ولو ناسياً) إحرامه. وقال الشافعي: جماع الناسي والنائمة والمكروه غيرُ مفسدٍ للحج؛ لأنه إنما يفسدُ بالجناية، وهي إنما تحصل بالقصد، ولا قصد في أفعالهم.

ولنا: إنَّ المحظور فيه عينُ الجماع، وبهذه الأعذار لم يفت عينه.

(فيجب) عليه (الدم والقضاء) من عامٍ قابلٍ، (والإتمام) يعني: أداء أفعال الحج في تلك السنة واجبٌ عليه، كمن لم يفسد حجّه؛ لما روي أنه صلى الله عليه وسلم سئل عن واقع امرأته وهما محرمان بالحج، فقال صلى الله عليه وسلم: «يريقان دمًا، وبمضيان في حجهما، وعليهما الحج من قابلٍ»⁵. (وبعده بدنّة) أي: يجب بدنّة إذا جامع بعد الوقوف؛ لما روي أنه صلى الله عليه وسلم قال: «من جامع [79ظ] بعد الوقوف؛ فعليه بدنّة»⁶.

(ولا يفسده) يعني: إذا جامع بعد الوقوف لا يفسد حجّه عندنا. وقال الشافعي: يفسد؛ لأنَّ المفسد إذا وُجد في آخر العبادة يفسدها، كما إذا وُجد في أولها⁷ كالصوم.

ولنا: قوله صلى الله عليه وسلم: «من وقف بعرفة؛ فقد تم حجّه»⁸، لم يرد به التمام من جهة الأفعال اتفاقاً؛ لأن بعض الأركان باقٍ عليه، فيكون المراد به: التمام من جهة الأمن من⁹ الفساد.

اعلم أنَّ الجماع بعد الوقوف إنما يفسد الحجّ عنده إذا كان قبل الرمي، وأما بعده؛ فلا يفسده إقامةً لأكثر أفعال الحج مقام الكل. كذا في «النهاية».

(ونعقد الهدى لتعدّده بعدها) يعني: من وطأ بعد الوقوف مرارًا يجب للأول بدنّة، ولكل وطءٍ بعدها شاةٌ عندنا. وقال الشافعي: لا يجب للكلِّ إلا جزءاً واحدٌ؛ لأنه جنسٌ واحدٌ، فيداخل.

ولنا: إنَّ الجزء على حسب الجنابات، والجماع الأولُ جنايةً كاملةً؛ لمصادفته إحرامًا متأكدًا، فيغلطُ موجب، والجنابات بعدها صارت قاصرةً؛ لمصادفتها إحرامًا ناقصًا بالجماع، فلم يتغلطُ موجب.

¹ ح: يكمل.

² ح: متفرق.

³ ح: وعند.

⁴ ح - حتى.

⁵ السنن الكبرى للبيهقي، 5/166.

⁶ موطأ مالك برواية محمد بن الحسن، ص 160، رقم الحديث 513.

⁷ ح: أولهما.

⁸ سنن أبي داود، المناسك 68؛ سنن الترمذي، الحج 57؛ سنن النسائي، مناسك الحج 211.

⁹ د: عن.

(ويجب به) أي: بالجماع (دمٌ بعد الحلق)؛ لأن إحرامه باقٍ في حق النساء، وزائلٌ في غيرهنَّ، فحُفَّت الجنابةُ، فاكْتَفَى فيها بشاءً. (وبدواعيه بشهوة) يعني: يجب على المحرم دمٌ إذا قَبِلَ أو لمس بشهوة، أنزل أو لم ينزل؛ لأن في كلِّ منهما¹ ارتفاعًا من جهة الاستمتاع بالمرأة، ولكن لا يفسد الحجُّ به؛ لأنه ليس بجماعٍ صورةً.

أقول: لو قال: «وبقبله أو لمس بشهوة»؛ لكان أولى؛ لأن النظرَ في فرج امرأته² بشهوة من دواعي الجماع، لكن لا يجب به شيءٌ وإن أنزل به. كذا في «الهداية».

(ولم يوجبوا الفرقة بين الزوجين) اللذين أفسدا حجَّهما بالجماع قبل الوقوف (في القضاء) من قابلٍ (من حين مفارقتهما المصّر). وقال مالك: يفترقان من وقت مفارقتهما من مصرهما؛ لِمَا روي أن ابن عباس قال كذا.

(ولا عيننا حالة الإحرام) يعني: قال زفر: يفترقان عند الإحرام؛ لأنه هو وقت التحرز.

(ولم نعيّن مكان الجنابة) يعني: قال الشافعيُّ: إذا وصلا موضع جنابتهما بالجماع يؤمران بالافتراق عقوبةً لهما على صنعتهما السابق ليتحرزا عنه.

(فلا يفترقان) عندنا؛ لأن ما لحقهما من التعب في القضاء موجبٌ لتذكر الجماع، والتحرز عنه عند الاجتماع، فلا حاجة إلى الافتراق، مع أن خوفَ الفساد على المرأة إذا فترقت عن زوجها أكثر مما إذا اجتمعت معه، وما روي عن ابن عباس محمولٌ على الاستحباب إذا خشيا معاودة.

(وتفسد³ به) أي: بالجماع (العمرة قبل طواف أربعة أشواط، فيجب الدم والإتمام والقضاء) يعني: المعتمر إذا جامع قبل أن يطوف أربعة أشواط؛ فعليه شاةٌ، فيتمُّ عمرته بإتيان باقي أشواطها، فيقضئها.

(وبعدها) أي: بعد طواف أربعة أشواط إذا جامع المعتمر. (نوجب دمًا لا بدنةً، ولا نفسدها). وقال الشافعيُّ: تفسدُ عمرته؛

لأنَّ المفسدَ في أول العبادة وآخرها سواءً، وتجب عليه البدنة؛ لأنَّ العمرةَ فريضةٌ عنده كالْحَجِّ.

ولنا: إنَّ الطوافَ ركناً للعمرة، كما أنَّ الوقوفَ بعرفةَ ركنٌ للحج، فالجماعُ قبل أكثر الأشواط يفسدها⁴، وبعدها لا يفسدها،

كما أنَّ⁵ الجماع قبل الوقوف يفسد الحج، وبعده لا يفسده، والعمرةُ سنةٌ، لما روي أنه صلى الله عليه وسلم قال لمن سأله عن العمرة: «أن تعتمر خير لك»⁶، فلا تجب فيها بدنةٌ كما وجبت في الحج؛ خطأً لمرتبة السنة عن الفريضة.

(وتجب الطهارة) أي: بشرط (للطواف في الأصح) أي: أصح الأقوال. احترز به عما قيل: إنها سنةٌ؛ لأنَّ قوله صلى الله

عليه وسلم: «الطواف في البيت صلاة»⁷ أي: كالصلاة يدلُّ على أن الطهارة واجبةٌ فيه.

(فإن طاف للقدوم أو للصدر محدثًا تجب صدقة)؛ لأن طوافَ الصدر واجبٌ، وطوافَ القدوم وإن كان سنةً، لكن بالشروع

صار واجبًا، فأدخل النقضَ فيهما بترك الطهارة، فوجب جبره بالصدقة. (وجنبًا دم) أي: إن طاف الطوافين المذكورين جنبًا؛ فعليه دمٌ؛

لأن النقضان فاحشٌ، فغلظَ في جابره. (وللزياره محدثًا دم) أي: إن طاف طوافَ الزيارة محدثًا يجب دمٌ؛ لأنَّ طوافَ الزيارة ركناً

الحج، والنقضُ فيه أفحشٌ من النقض في الواجب. (وجنبًا بدنة) أي: إن طاف جنبًا تجب بدنةٌ؛ لأنَّ الجنابةَ بالجنابة⁸ أغلظُ، فجبر

نقصانها بأعظم الدماء. (وراكبًا) أي: إن طاف راکبًا (من غير عذرٍ دم) أي: يجب دمٌ، وإنما جاز؛ لأنَّ فعل الدابة مضافٌ إلى

راكبها، ولكن أدخل فيه نقصًا بتفويته صورة الطواف، فيجبر بالدم.

(ويستحبُّ الإعادة) [80و] أي: إعادة⁹ الطواف (ما دام بمكة في الحدث) أي: في طوافه محدثًا.

قيد بقوله: «ما دام بمكة»؛ لأنه إذا رجع إلى أهله؛ فالمستحبُّ بعث الشاة لا الإعادة؛ لأنه أنفع للفقراء، وفي نقصانه خفةٌ.

1 ح: منها.

2 ح: امرأة.

3 ح: ويفسد.

4 د: تفسدها.

5 د: كان.

6 مسند أحمد بن حنبل، 316/3؛ مصنف ابن أبي شيبة، 262/8.

7 مسند أحمد بن حنبل، 414/3؛ 64/4.

8 ح: بالجنابة.

9 ح: أعاد.

(وتجب) الإعادة (في الجناية) أي: في طوافه جنبًا، حتى إذا رجع إلى أهله؛ فعليه أن يعود إلى مكة بإحرام جديدٍ إن جاوز الميقات، ولو لم يعد وبعث هديًا أجزأه (في الأصح). احترز به عما قيل: تجب الإعادة في الحدث أيضًا. إنما¹ صار ما في المتن أصح؛ لأنَّ النقص في الحدث يسيرٌ، وفي الجناية كثيرٌ، فينبغي أن يتفاوت بينهما في حكم الإعادة.

(ولا ذبح عليه) فيما إذا أعاد طواف الزيارة في أيام النحر، وقد طاف محدثًا أو جنبًا؛ لأنه إعادةٌ في وقته.

وفي «الفتاوى² الظهيرية»: هذا إذا أعاد السعي معه، وإن لم يعده؛ فعليه دمٌ؛ لأن الطواف الأول لما انتقص واعتبر الثاني؛ كان السعي واقفًا قبل الطواف المعتد به، فيجب دمٌ لتركه الواجب.

وذكر الإمامُ المحبوبيُّ: إن لم يعد السعي؛ فلا³ شيء عليه؛ لأنَّ الطهارة ليست بشرطٍ في السعي، وإنما الشرط فيه أن يؤتى على أثر طوافٍ معتدٍ به من وجهه، ولهذا يتحللُ به. وبه⁴ اختار صاحب «الهداية». وإن أعاده بعد أيام النحر لزمه دم عند أبي حنيفة؛ لتأخيره النسك عن وقته، والواجب عليه أولًا أن كان بدنةً، لكن بإعادته سقطت بالاتفاق، فلزمه عنده.

اعلم أنه إذا أعاد الطواف؛ فالمعتبر هو الثاني، والأول انتسخ به؛ لأنَّ وجوب الدم عليه عند أبي حنيفة إذا أعاده بعد أيام النحر يدلُّ عليه؛ لتحقيق التأخير في أصل الطواف لا في وصفه. وقيل: المعتبر هو الأول، والثاني يرفع نقصانه بمنزلة الدم.

(ولو ترك من طواف الزيارة أكثره بقي محرماً أبداً) في حق النساء (حتى يطوفه) بذلك الإحرام. (ولو ترك أقله) أي: أقل طواف الزيارة، (أو الصدر) أي: كل طواف الصدر، (أو أكثره) أي: أكثر الصدر، (أو السعي بين الصفا والمروة، أو الوقوف بالمزدلفة، أو رمي الجمار في أيامها، أو⁵ جمرة العقبة في يوم النحر؛ وجب دمٌ). قيد بقوله: «أو أكثره⁶»؛ لأنه لو ترك أقل الصدر؛ فعليه صدقةٌ.

أما وجوبه في تركه أقل طواف الزيارة؛ فلأن نقصانه قليلٌ، فأشبهه بنقصانه مع الحدث، وأما في تركه الصدر، أو السعي، أو الوقوف بمزدلفة؛ فلأنها⁷ واجبات. وأما في تركه رمي الجمار كلها، بأن فات أيامها بغروب الشمس من آخر أيام النحر؛ فلأنه واجبٌ، ولا تحاد جنسه اكتفي بدمٍ واحدٍ، ولو ترك بعض الجمار الثلاث؛ فعليه صدقةٌ، لكل حصاة نصف صاع من برٍّ، إلا أن يكون المتروك أكثر من النصف، فيجب الدم؛ لأن للأكثر حكم الكل. وإن لم تفت أيامها، فأعاد فيها ما ترك من الرمي؛ فعليه بتأخيره دمٌ عند أبي حنيفة، خلافاً لهما. وأما في تركه رمي يومٍ واحدٍ؛ فلأنه نسكٌ كاملٌ، وأما في تركه رمي جمرة العقبة؛ فلأنه نسكٌ تامٌّ وحده في ذلك اليوم.

(ولو ترك أقل الصدر، أو إحدى الجمار الثلاث فصدقةٌ) أي: فيلزمه صدقةٌ.

(فصل) في جزاء الصيد

(ويجب الجزاء) على المحرم (بقتله الصيد) أي: صيد البرِّ، وهو ما يكون توالده في البر؛ لقوله تعالى: ﴿أَجَلٌ لَكُمْ صَيْدُ الْبَحْرِ وَطَعَامُهُ مَتَاعًا لَكُمْ وَلِلنَّاسِ يَازَ وَحَرَّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدُ الْبَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرُمًا﴾ [المائدة، 96/5]، والصيد هو المتوحش في أصل الخلقة، فيدخل فيه الحمامُ المسرولُ، لا الإبلُ المتوحشُ؛ لأنَّ استئناس الأول واستيحاش الثاني عارضان.

(ناسياً، أو عامداً) في قتله؛ لأنَّه ضمانٌ يعتمد وجوبه الإلتلاف، فأشبهه غرامات الأموال. وأما تقييده بالتعمد في قوله تعالى: ﴿وَمَنْ قَتَلَهُ مِنْكُمْ مُتَعَمِّدًا فَجَزَاءٌ﴾ [المائدة، 95/5] الآية؛ فلأن مؤرِّد الآية كان فيمن تعمَّد، أو لأجل الوعيد المذكور بعد هذا، وهو قوله تعالى: ﴿لِيَذُوقَ وَبَالَ أَمْرِهِ﴾ [المائدة، 95/5]، والخاطئ والناسي لا يستحقان الوعيد.

(مبتدئاً) وهو الذي قتل الصيد مرةً، (أو عائداً) وهو الذي قتل مرةً بعد أخرى، وإنما استويا؛ لأن الجناية لا تختلف بالعود والبداية، بل العائد أشدُّ جنايةً. لعل¹ الفائدة في ذكره دفع قول من قال: لا جزاء على العائد؛ لأنَّ الله تعالى قال: ﴿وَمَنْ قَتَلَهُ مِنْكُمْ

1 د: وإنما.

2 د: الفوائد.

3 ح: لا.

4 ح - وبه.

5 ح + يوم.

6 ح: أكثر.

7 ح: فإنها.

8 د: فجزاؤه.

فَتَعَمَّدًا فَجَزَاءٌ مِثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعْمِ ﴿ [المائدة، 95/5]، ﴿وَمَنْ عَادَ فَيَنْتَقِمِ اللَّهُ مِنْهُ﴾ [المائدة، 95/5]، جعل كلَّ جزاءِ العائد الانتقامَ في الآخرة³، فلا يجب الكفارة.

ويمكن أن يجاب عنه: بأنَّ وجوبَ الكفارة في العائد مستفادٌ من الآية بدلالة النصِّ، والمراد من قوله: ﴿وَمَنْ عَادَ﴾: العودَ مستحلًّا.

(ونوجه) أي: الجزاء على المحرم (بالدلالة) أي: بدلالته على الصيد. وقال الشافعي: لا جزاء على الدالِّ، بل على القاتل المحرم؛ لأن الجزاء متعلِّق بالقتل في قوله تعالى: ﴿وَمَنْ قَتَلَ مِنْكُمْ مَتَعَمِّدًا﴾ [المائدة، 95/5] الآية، والدلالة ليست بقتل. ولنا: قوله صلى الله عليه وسلم للمحرمين السائلين عن [80ظ] لحم صيدٍ صاده حلال: «هل دلتتم؟»⁴، ولو لم يكن الدلالة محظورةً لم يتجه السؤال، مع أنَّ في الدلالة عليه تفويتًا لأمنه، وهو قتلٌ معنيٌّ.

اعلم أنَّ الشرط في كون هذه الدلالة موجبةً: ألا يكون المدلولُ عالمًا بمكان الصيد؛ لأنه إذا كان عالمًا يكون قتله يعلمه، لا بدلالة الدالِّ، وعلى هذا لو أعار المحرم قوسًا لرمي صيد؛ فعليه الجزاء إن لم يكن مع المستعير قوس، وإن كان؛ فلا شيء عليه. وفي «المحيط»: لو أعار سكينًا لا جزاء عليه؛ لأنه يتوصَّل إلى قتله بدون سكينه، بأن يخنقه، وأن يُصَدِّقَهُ المدلول في الدلالة، وأن يبقى الدالُّ محرَّمًا إلى أن يقتله، وألا ينفلت الصيد؛ لأنه إذا انفلت ثم وجده المدلولُ فقتله؛ لا شيء عليه؛ لأن ذلك صار كما لو جرحه ثم اندمل.

وفي «المنتقى»: لو قال: خلفَ هذا صيدٌ، فإذا خلفه صيدٌ، فأخذهم؛ فعلى الدال في كلِّ واحدٍ جزاء؛ لأنه أعلمه بمكانهم. ولو دلَّ على صيدٍ، فإذا عنده صيدٌ آخرٌ، فقتلهما المدلول؛ فعلى الدالِّ جزاءٌ واحدٌ؛ لأنه أعلمه بصيدٍ واحدٍ.

(ولو دلَّ حلالٌ عليه) أي: على الصيد محرَّمًا أو غيره (في الحرم؛ ألزمتنا المباشر، لا الدالِّ). وقال زفر: يلزم⁵ الجزاء على الدالِّ أيضًا؛ لأنه فوّت أمن الصيد بدلالته، كما لزم الجزاء على المحرم الدالِّ على قتل الصيد.

ولنا: إنَّ المحرمَ كان ملتزمًا بإحرامه أن لا يتعرض للصيد الآمن، وقد خالف ما التزمه بدلالته، فيضمن، كالمودع إذا دل سارقًا على مال الوديعه، والحال لم يلتزم شيئًا، فلا يضمن بدلالته، كغير المودع إذا دل سارقًا عليه.

(فيقومه) أي: الصيد المقتول (عدلان في موضع القتل) أي: في المكان الذي قتل فيه؛ لأن القيمة يختلف باختلاف الأماكن، (أو قربه إن كان في بر) أي: إذا كان القتل في موضع لا يباع فيه الصيد ولا يشتري؛ يقوِّم في موضع قريب منه يباع فيه.

اعلم أنَّ الخلافَ بين محمد وصاحبيه في جزاء الصيد في موضعين:

أحدهما: فيمن ثبت له الخيارُ بين أقسام كفارة الجزاء.

والثاني: في تفسير المثل في قوله تعالى: ﴿وَمَنْ قَتَلَ مِنْكُمْ مَتَعَمِّدًا فَجَزَاءٌ مِثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعْمِ﴾ [المائدة، 95/5].

بيِّن المصنّفُ الموضعَ الأوَّلَ بقوله: (وخيرهما، وهما القاتل) يعني: قال محمد: العدلان الحكمان مخيَّران في الحكم على القاتل بإحدى الكفارات. وقالوا: القاتلُ مخيَّر في اختيار إحداهما (في أن يشتري) هذا متعلِّق بما قبله على تنازع الفعلين، وهما الفعلُ المذكورُ، وهو «خير»، والفعلُ المقدرُ بعدهما، أي: وهما⁶ خيرا القاتل. (بها) أي: بقيمة الصيد (هديةً، فيذبحه) فإن ذبحه في الحرم يخرج عن عهده بالإراقة، حتى إذا تلف بعده لا يجب عليه شيء وإن أعطى كله فقيرًا واحدًا، وإن ذبحه في غير الحرم يجوز أيضًا من جهة التصدُّق، فيجب تفريقه على المساكين، بأن تصل لكل⁷ مسكين من اللحم ما قيمته قيمة نصفِ صاعٍ، فإن تلف تجب قيمته. كذا في «التبيين».

¹ ح: ولعل.

² د: قتل.

³ ح: للآخرة.

⁴ صحيح البخاري، الإحصار 13، 14؛ صحيح مسلم، الحج 56 بمعناه.

⁵ د: يلزمه.

⁶ ح: هماز

⁷ ح: كل.

(وبلوغها ما يجرى في الأضحية شرط) وهذه المسألة معترضة بين ذكر الخيار في أقسام الكفارة، يعني: إذا لم يبلغ قيمة الصيد ما تشتري¹ به الأضحية، فبلغت قيمة حمل أو عناق، وهو الأنتى من أولاد المعز مما لا يجوز أن يضحي. قال أبو حنيفة: يتصدق ولا يذبح بطريق الهدى. وقال: يذبح؛ لإطلاق قوله تعالى: ﴿هَدْيًا بَالِغَ الْكَعْبَةِ﴾ [المائدة، 95/5]، فيتناول الصغير والكبير. وله: ما روي: أنه صلى الله عليه وسلم قال: «أيسر الهدى الجذع من الضأن، والثني من المعز»²، معناه: أقل ما يجوز به³ من الهدى.

(أو طعاماً) هذا معطوف على قوله: (هدياً). (فيتصدق به على كل مسكين نصف صاع من بر، أو صاعاً من تمر أو شعير) في أي موضع كان، (أو يصوم) بالنصب عطف على قوله: «يشترى». (عن كل سهم يوماً) يعني: إذا وقع الاختيار على الصوم يقوم المقتول طعاماً، ثم يصوم مكان طعام كل مسكين يوماً.

(فإن فضل) أي: إن بقي في تصدقه على كل مسكين (أقل من نصف صاع)، أو لم يبلغ قيمة صيد نصف صاع، بأن قتل عصفوراً، فهو مختير، إن شاء (أخرجه) أي: تصدق به، (أو صام عنه يوماً).

لمحمد: قوله تعالى: ﴿يُحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ هَدْيًا بَالِغَ الْكَعْبَةِ أَوْ كَفَّارَةً طَعَامٍ مَسَاكِينَ أَوْ عَدْلٌ ذَلِكَ صِيَامًا﴾ [المائدة، 95/5]، فإذا وقع حكم العدلين على الهدى وقع على الطعام والصيام؛ لأنهما معطوفان عليه بكلمة «أو».

ولهما: إن الخيار شرع رفقا لمن وجب عليه، وإنما يكون رفقا إذا كان التعمين مفوضاً إليه، كما فوض التعمين في كفارة اليمين إلى الحائث، قوله تعالى: ﴿أَوْ كَفَّارَةً﴾ [المائدة، 95/5] معطوف على قوله: ﴿فجزاء﴾، وكذا قوله: ﴿أَوْ عَدْلٌ﴾ [المائدة، 95/5]، فلا يدخلان تحت حكمهما.

(وأوجب إن حكما) هذا بيان للموضع الثاني، يعني: أوجب محمد إن حكم العدلان (بالهدى [81و] نظيره) أي: نظير الصيد (من الأهلي صورة) إن كان له نظير، ففي الظبي والضبع شاة، وفي الأرنب عناق، وفي النعامة جمل، وفي حمار الوحش بقرة، فإذا حكما بالهدى يجب أن يشترى بقيمة الصيد ما هو مثله من النعم صورة، وإن لم يوجد مماثله صورة، فيشتري مماثله قيمة. وفي «الحقائق»: المأكول وغير المأكول في الصيد سواء، غير أنه لا يجاوز في غير المأكول⁴ عن الهدى في ظاهر الرواية، والمأكول تجب قيمته بالغة.

(وقالا: قيمة) بالرفع، يعني: تجب قيمة في المثلي⁵، (كما في غير المثلي، وإلا) أي: إن لم يكن له نظير، (فكما قالا) يعني: تجب القيمة عنده أيضاً.

ولقائل أن يقول: قوله: «كما في غير المثلي» كان يُعني عن قوله: «وإلا فكما قالا». له: إن الله تعالى أوجب المثل في قوله تعالى: ﴿فَجَزَاءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلْتُمْ مِنَ النَّعَمِ يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾ [المائدة، 95/5] الآية، فـ«جزاء» بالتنونين، و«مثل» صفته، أي: فعليه جزاء مماثل للمقتول من النعم حال كونه يحكم بذلك الجزاء عدلان منكم في حال أنه هدي يبلغ الكعبة، وحقيقة المثل ما يماثل الشيء صورة ومعنى. وإنما يصار إلى المماثلة⁷ معنى. وهو القيمة. إذا تعدد العمل بالحقيقة، بأن لم يوجد للمقتول نظير صورة.

ولهما: إن المماثلة صورة غير معتبرة في الشرع، حتى إذا أئلف دابة لا يجب عليه دابة أخرى، فالشاة إذا لم تماثل الشاة مع اتحاد الجنس؛ فكيف تماثل الظبي؟ فوجب حمل المثل في الآية على المثل معني.

¹ ح: يشري.

² لم نجده بهذا اللفظ، وفي مسند أحمد بن حنبل 368/6 بلفظ «ضحوا بالجذع من الضأن فإنه جائز». وفي سنن الترمذي الأضاحي 7: «نعمت الأضحية الجذع من الضأن».

³ ح - به.

⁴ د - في غير المأكول.

⁵ ح: مثلي.

⁶ د - منكم.

⁷ د: المماثل.

(وأوجباه) أي: الجزاء (على التخيير) أي: كما بين في المسألة السابقة، (لا الترتيب). أي: قال زفر: يجب الهدئ أولاً، ثم الإطعام، ثم الصيام؛ لأن التخيير تخفيفٌ، والملائم بحال الجاني الترتيب، وكلمة «أو» في الآية مستعملة في المترتبة، كما في آية قطاع الطريق.

ولنا: إنَّ حقيقة «أو» تكون لأحد الشئيين بلا ترتيبٍ، فلا يُعدَّلُ عنه مع إمكانه، بخلاف آية قطاع الطريق؛ لأنَّ جنابتهما مختلفة، فوُزعت عقوبتهما على حسبها: غليظها لغليظها، وخفيفها لخفيفها، وفيما نحن فيه الجنائى متحدة، فلا يصار إلى الترتيب. (ولو اشتركا في قتله) أي: في¹ قتل الصيد (يلزم كلاً) أي: كلٌّ واحد منهما (بجزاء). وقال الشافعي: يجب عليهما جزاءً واحداً؛ لأنه ضمانٌ المقتول، وهو واحدٌ، فيكون جزاؤه واحداً، كجماعة أتلوا شاةً إنساناً.

ولنا: إنَّ هذه² جنائى على الإحرام، فيكون كلٌّ منهما جانياً على إحرامه جنائىً كاملةً، بخلاف الشاة المتلفة؛ لأنَّه ضمانٌ المحلِّ، وهو واحدٌ.

(أو حلالان) أي: لو اشترك حلالان (في صيد الحرم كان عليهما جزاءً واحداً)؛ لأنَّ الضمانَ بدلٌ عن المحلِّ، لا جزاءً عن الفعل، فيتحدُّ باتحاد المحلِّ، ولا ينظر³ إلى تكرار الفعل.

(أو محرم) أي: لو قتل محرم (صيد الحرم، فجزاؤه واحدٌ)، أي: فيجب جزاءً واحداً لا جزاءان كما اقتضاهما القياس؛ لأنه جنى على إحرامه والحرم جميعاً.

وجهُ الاستحسان: إنَّ الجنائى هنا تفويتُ أمن الصيد، فإذا اعتبر في الضمان مرة لا حاجة إلى اعتباره ثانيةً، فيكفيه جزاءً واحداً.

(ويجب ضمانُ النقصان بجرحه) أي: جرح الصيد، (أو قطع عضوه، أو نتف شعره)؛ لأنَّه حيوانٌ مضمونٌ، فيضمن بعضه بإتلافه، كما يضمن الكلُّ. هذا إذا برئ، وبقي أثره، وإن مات بعد الجرح يضمن كلُّه، وإن لم يبق له أثرٌ بعد البرء؛ لا⁴ شيء عليه. وقال أبو يوسف: تلزمه صدقةٌ.

ولو غاب الصيد، ولم يُعلم أنه⁵ مات أو برأ؛ ضمن نقصانه فقط؛ لأن موتَه مشكوكٌ. وفي الاستحسان: يضمنُ جميع قيمته احتياطاً. كذا في «التبيين».

(والقيمة) أي: تجب قيمة الصيد (بقطع قوائمه، ونتف ريشه)؛ لأنه فوتٌ عليه الأمنُ بتفويت آلة الامتناع، فصار كتفويت كلِّه. (وكسر بيضه) مثلاً؛ لو كسر بيضَ نعامٍ؛ فعليه قيمةُ البيض، لا قيمة النعام. كذا في «النهاية». وظاهرُ المتن يُؤهِمُ وجوبَ قيمة الصيد. هذا إذا كان بيضُ الصيد صحيحاً، وإن كان مذبذباً؛ فلا شيء عليه؛ لأنه لم يُتلف أصلُ صيدٍ.

(وإن خرج منه) أي: من البيض بعد ضربه فرخٌ (ميتٌ)، وكذا لو خرج من الصيد جنينٌ ميتٌ (ضمنه) أي: ضمن قيمته حيّاً؛ لأن ما في البطن والبيضة معدةٌ لأن يكون حيواناً غالباً، فصار الضربُ سبباً لموته، فأضيف الحكمُ إليه احتياطاً.

(ونوجب على الحلال إرساله) أي: إرسال صيد اصطاده في الحلِّ (إذا أدخله الحرم). وقال الشافعي: لا يجب.

قَيَّدَ بـ«الحلال»؛ لأن داخل الحرم لو كان محرماً يجب إرساله اتفاقاً.

وقَيَّدَ بـ«الإدخال»؛ لأنه لو كان في رحله لا يجب عليه الإرسال اتفاقاً.

له: إنَّه صيدٌ حلٌّ، ويده سابقةٌ عليه، فلا يضاف إلى الحرم، فله أن يتصرف فيه كيف يشاء.

ولنا: إنَّه بعدما دخل في الحرم صار من صيده، فوجب الامتناعُ عن أخذه، ومنعه عن امتناعه الطبيعي لحرمه الحرم.

(ولو أحرم بعده أوجبه) يعني: الحلال إذا أخذ صيداً، ثم أحرم؛ لزمه [81ط] إرساله عندنا. وقال مالك: لا يلزم؛ لأنه

ملكه، فلا يجب إبطاله بواسطة الإحرام.

¹ د - في.

² د: هذا.

³ د: نظر.

⁴ ح: ولا.

⁵ ح: إن.

ولنا: إنه بالإحرام التزم عدم التعرض للصيد، وفي إمساكه تعرّض له، فوجب إرساله، ولا يزول ملكه بالإرسال، حتى لو أرسله، وأخذه إنسان؛ يستردّه إذا تحلل من إحرامه.

(ولا نوجب إرسال ما في المنزل للإحرام) يعني: إذا أحرم وفي بيته صيود لم يجب إرسالها عندنا، وكذا لو كان في قفص في يده؛ لأن الطير لا يكون في يده حقيقةً، كالجنب إذا أخذ مصحفًا بغلافه. وقال الشافعي: يجب.

قيّد بـ«المنزل»؛ لأنه لو كان في يده يجب إرساله اتفاقًا، لكن على وجه لا يضيع؛ لأن تسبب الدابة حرام.

له: إن ما في بيته في يده حكمًا، فيجب إرساله، كما لو كان في يده حقيقةً، فأحرم.

ولنا: إن المنهي هو التعرض للصيد بعد الإحرام، ولهذا لو جرح صيدًا، ثم أحرم، ثم مات الصيد؛ فلا شيء عليه.

وفائدة الخلاف: أنه لو لم يرسل حتى مات في بيته يضمن عنده، ولا يضمن عندنا.

قيّد بقوله: «للإحرام»؛ لأنه لو كان في بيته صيد اصطاده في الإحرام يلزمه الإرسال اتفاقًا. كذا في «الحقائق».

(والمرسل من يده ضامن) يعني: من أرسل من يد المحرم الصيد؛ فعليه ضمانه عند أبي حنيفة. وقالوا: لا ضمان عليه.

أراد من يده: يده الحقيقية؛ لأنه لو أرسله من يده الحكمية. أي: من بيته يضمنه اتفاقًا. وأراد من الصيد: ما يكون مأخوذًا قبل الإحرام؛ لأنه لو أرسل ما يكون مأخوذًا بعده لا يضمنه اتفاقًا. كذا في «الكافي».

لهما: إن الإرسال كان واجبًا على المحرم، فمن أرسله؛ فقد أحسن، وما على المحسنين من سبيل.

وله: إن الواجب على المحرم ترك التعرض للصيد، لا عين إرساله؛ لأنه كان له أن يرسله إلى بيته برسوله، فمن أرسله ألتف مال الغير بغير إذنه، فيضمن.

(ولو قتل أحدهما) أي: أحد المحرمين (صيد الآخر) أي: صيده المأخوذ بعد الإحرام، (فضمنا) أي: ضمن كل منهما جزاءه الكامل. أما ضمان الآخذ؛ فلتفويته الأمن عن الصيد، وأما ضمان القاتل؛ فلتقريره ذلك، (حكمننا برجع الأول على القاتل) بما أداه. وقال زفر: لا يرجع؛ لأن كل واحد منهما مؤاخذ بصنعه، فلا يرجع على غيره.

ولنا: إن جناية الآخذ كانت على شرف السقوط لإمكان إرساله، فالقاتل قرّر عليه الضمان، فيرجع عليه؛ لأن التقرير كالاتداء في التضمنين، كشهود الطلاق قبل الدخول إذا رجعا يرجع الزوج بما ضمنه نصف المهر عليهم.

(ولا نوجب عن كلّ لو قتل صيودًا قاصدًا للتحلل) يعني: إذا قتل المحرم صيودًا على قصد التحلل، فترك الإحرام؛ يجب عن الكل جزاءً واحدًا عندنا. وقال الشافعي: يجب عن كل واحد منهما جزاءً كاملًا؛ لأن الإحرام لا يرتفع بقتل الصيد، فيكون قصده لغواً، فتتعدد جناياته، فيتعدّد جزاؤها.

ولنا: إنّه ظنّ خروجه عن الإحرام بفعل ما هو محظور فيه، وهذا التأويل وإن كان فاسدًا، لكن اعتبر في حق إسقاط الجزاء، كما اعتبر تأويل الباغي إذا ألتف مال عادل، فسقط عنه الضمان.

(ونعزم الحلال بالقيمة في قتل صيد الحرم، لا بالكفيرة) يعني: إذا قتل حلالاً صيد الحرم؛ فعليه قيمته عندنا يتصدّق بها على الفقراء، ولا يصوم عنه. وقال الشافعي: يكفر كما إذا قتل المحرم صيدًا، ويجوز له أن يصوم بإزاء كل نصف صاع من الطعام من قيمته يومًا إذا كان معسرًا؛ لأن كلاً منهما ضمان صيدٍ وجب حقًا لله تعالى.

قيّد بـ«الحلال»؛ لأنّ التكفير في حقّ المحرم جائز¹ اتفاقًا.

وقيّد بـ«صيد الحرم»؛ لأنّ صيد الحلّ لا يجب فيه شيء اتفاقًا.

ولنا: إنّه أزال الأمن عن صيد حرم² كان أمنًا لحق الله تعالى، فيلزمه إثبات الأمن من الجوع لفقر، وذلك يحصل بالإطعام، فلما صار هذا الضمان باعتبار المحلّ أشبه ضمان الأموال، فلم يجز فيه الصوم، بخلاف المحرم، فإنّ ضمانه كان جزاءً لفعله، والصوم فعل قريب يصلح أن يكون جزاءً لفعل محرم.

(وفي الهدى) أي: في جواز صيد الحرم (رويتان) عن مشايخنا: في رواية: لا يجوز، تبين وجهها³ من دليلنا السابق بشرط أن يكون قيمة اللحم بعد الذبح مثل قيمته، فلا يتأدى الواجب إذا سرق المذبح. وفي رواية: يجوز، وهو ظاهر الرواية، بشرط أن يكون

¹ ح: جائزًا.

² ح: الحرم.

³ د: وجهه.

الهدئي قبل الذبح مثل قيمة الصيد، فيتأدى الواجب لو سرق المذبوح. كذا في «المصنفى». وجه هذه الرواية: إنه أشبه بضمان الأموال كما سبق بيانه، وأشبه بضمان الإحرام؛ لأنه وجب حَقًّا لله تعالى، فوَفَّرَ من¹ الشبهين حَظَّهُ، فلا يجوز الصومُ نظرًا إلى الأول²، وجاز الهدئي نظرًا إلى الثاني.

(ومنعنا الصوم). وقال زفر: يجزئه كما قال الشافعي. وقال صاحب «المختلف»: لا يجوز الصوم عند زفر أيضًا. ففعل عنه [82و] روايتين³.

(وأوجبنا الجزاء عليه) أي: على الحلال (إذا رمى في الحرم) صيدًا كائنًا في الحل، (فأصاب في الحل)، فقتله. وقال زفر: لا يلزمه شيء؛ لأنه قتل صيد الحل، فلا يلزمه، كما لو رمى في الحل.

ولنا: إنَّ التعرض للصيد في الحرم حرام، والرمي منه تعرُّضٌ، فيلزمه الجزاء⁴.

وفي «النوادر»: ولو⁵ كان الظبي⁶ قائمًا في الحل، ورأسه في الحرم، فقتله إنسانًا؛ لا شيء عليه؛ لأنَّ المعتبر في الصيد قوائمه، ولو كان نائمًا في الحل، ورأسه في الحرم؛ ضمن؛ لأنه غير مستقرٍّ بقوائمه.

(ولا نوجب التصدق بقيمة ما ذبح من الجزاء) أي: جزاء الصيد (لو سرق) المذبوح بعد التمكن من الإطعام، وكذا لو سرق لحم دم جبر. وقال الشافعي: يجب التصدق لوجود التقصير.

ولنا: إنَّ التصدق سقط عنه لفوات محلّه

وهذا الخلاف كالخلاف في سقوط الزكاة إذا هلك النصاب، يسقط عندنا، خلافًا له.

(وأكله⁷ منه) أي: أكل المحرم القاتل من لحم الصيد (بعد الجزاء) أي: أداء جزائه (مضمّن) يعني: يضمن الأكل قيمة ما

أكل عند أبي حنيفة. وقالوا: لا ضمان عليه.

ويُقدِّد بـ«أكل المحرم»؛ لأنَّ الحلال لو ذبح صيدًا في الحرم⁸، فأدّى جزاءه، ثم أكل منه؛ لا شيء عليه اتفاقًا؛ لأنَّ وجوب الجزاء لفوات الأمن الثابت بالحرم للصيد لا لحمه.

ويُقدِّد بـ«القاتل»؛ لأنه لو أكله محرّم آخر لا يجب إلا التوبة.

ويُقدِّد بقوله: «من لحم الصيد»؛ لأنَّ مأكول المحرم لو كان بيض صيدٍ بعدما كسره وأدى جزاءه لا شيء عليه اتفاقًا؛ لأنَّ وجوب الجزاء فيه باعتبار أنه أصلُ الصيد، وبعد الكسر انعدم هذا المعنى، ولأنَّ مأكوله لو كان لحم جزاء الصيد يضمن قيمة⁹ ما أكل اتفاقًا.

ويُقدِّد بقوله: «بعد الجزاء»؛ لأنه لو أكل منه قبل أداء الجزاء لا يضمن اتفاقًا؛ لدخول ما أكله في ضمان ما قتله.

لهما: إنَّ حرمة لكونه ميتةً، ولهذا لا يحلُّ له تناوله بعد زوال إحرامه، فيكفيه الاستغفار، كما لو أكله محرّم آخر.

وله: إنَّه تناول من محظورات إحرامه؛ لأنَّ علّة كون الصيد المذبوح ميتةً إحرامه، والحكم كما يضاف إلى العلة يضاف إلى علة العلّة، بخلاف محرّم آخر، فإنَّ حرمة تناوله لكونه ميتةً لا لإحرامه، ولهذا لم يجز أكله للحلال أيضًا.

(وليس في قتل غراب) أراد به: ما يأكل الجيفة، فلا يقتل غراب الزرع. (وحداة، وذئب، وحية، وعقرب، وفارة) أهلية كانت

أو وحشية، (وكلب عقور جزاء) لما روي أنه صلى الله عليه وسلم قال: «يقتل المحرم الفأرة، والغراب، والحداة، والعقرب، والحية، والذئب، والكلب العقور»¹⁰.

1 ح: بين.

2 ح: الأولى.

3 ح: روايتان.

4 ح: جزاء.

5 د: لو.

6 د: ظبي.

7 د: فأكله.

8 ح: صيد الحرم.

9 ح: قيمته.

10 سنن أبي داود، المناسك 39؛ مسند أحمد بن حنبل، 8/2؛ شرح معاني الآثار للطحاوي، 163/2.

فإن قلت: كيف خصّ عموم قوله تعالى: ﴿لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ﴾ [المائدة، 95/5] بهذا الخير؟ قلت: خصّ أولاً بالنص القطعي، وهو قوله تعالى: ﴿أَجَلٌ لَكُمْ صَيْدُ الْبَحْرِ﴾ [المائدة، 96/5]، فبعد ذلك يجوز تخصيصه بالقياس، فكيف يخبر الواحد؟

(وأوجبناه) أي: الجزاء (في خنزير وفيل وقرود). وقال زفر: لا يجب؛ لأنها مما يمسك في البيوت، فكانت كالأهلي. ولنا: إنها مستوحشة بطبعها، وممتنعة بقواتمها وأنيابها، فكانت صيوفاً. (ولا شيء في برغوثٍ وقرادٍ وبعوضٍ ونملٍ) مؤذية كانت أو غيرها؛ لأنها ليست بصيودٍ، ولا متولدة من البدن. (ونوجبه في السبع إلا إذا صال) أي: حمل لإيصال الأذى، يعني: يجب الجزاء يقتل السبع الغير الصائل عندنا. وقال الشافعي: لا يجب؛ لأن اسم الكلب يتناول السبع لغةً، فيكون من المستثنيات. ولنا: ما روي أن عمر رضي الله عنه قتل سبعاً، فأهدى كبشاً، والكلب لا يتناول السبع لغةً وعرفاً، وإنما لم يجب الجزاء في الصائل؛ لأن تعرضه حينئذٍ لدفع الأذى لا للصيد، والمحرّم إنما منع عن الثاني. وفي «المحيط»: إذا¹ أمكن دفع الصائل بغير سلاح، فقتله؛ فعليه الجزاء، وكذا إذا كان الصائل جملاً، إلا أنه يضمن لمالكه قيمته؛ لأنه لا إذن له من جهته، بخلاف العبد الصائل بالسيف إذا قتله المصوّل² عليه لا يضمن قيمته لمالكه؛ لأن العبد آدمي مكلف في حق نفسه، ولهذا لو ارتدّ يقتل، ولا ينظر إلى حق مالكه.

(ويجب في الضبع) لقوله صلى الله عليه وسلم: «الضبع صيد»³، وفيه الكبش. (وأوجبنا فيه) أي: في قتل الصيد حال كونه (غير مأكول قيمة لا تجاوز دماً) أي: قيمة شاةٍ (لا ما بلغت) أي: قال زفر: عليه قيمته بالغة ما بلغت⁴ كالمأكول؛ لأن كلاً منهما اصطاده محرّم. ولنا: ما روي في الضبع، فلما ورد الشرع بتقدير الشاة لا يزداد عليها. (ويتصدّق بما شاء عن قملة) ولم يقدر الصدقة في ظاهر الرواية. وعن أبي حنيفة: إن في قملة كسرة، وفي قملتين قبضة من برّ، وفي أكثر من نصف صاع. (من بدنه)؛ لأن في إزالتها منه ارتفاعاً. قيّد به؛ لأنه لو قتلها في غير بدنه لا شيء عليه. وإلقاء قملة كقتلها، وكذا وضع الثوب في الشمس ليقتل حرّها القمل، ولو وضعه ولم يقصد به القتل لا شيء عليه. (وجراة) إنما وجب في قتلها [82ظ] صدقة؛ لأنها من الصيد، وفي هذا قال عمر رضي الله عنه: «تمرّة خير من جراة». (ولو نرّا ظبي على شاةٍ)، فولدت، (نُلحِقُ ولدها بها) يعني: لا يجب بقتل الولد جزاءً عندنا كما لم يجب بقتل الشاة؛ لأنّ الولد يتبع الأم، كما في الرقبة والحريّة، (لا به). يعني: قال الشافعي: الولد ملحق بالظبي، فيجب بقتله جزاءً؛ لأن الولد ينسب إلى الأب.

(ويأكل المحرم صيد الحلال) أي: لحم صيد اصطاده حلالاً وذبحه (إن فُقِدَ صنعته) أي: إن لم يوجد من المحرم فعلاً، كأمره باصطياده، أو دلالة عليه؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «لا بأس بأكل المحرم لحم الصيد»⁵. (ويذبح) المحرم (الإبل والبقر والغنم والدجاج والبطّ الأهلي)؛ لأنها ليست بصيودٍ، (وحرّموا الحمامة) أي: ذبحها على المحرم (المسرولة) وهي التي في رجلها ريش كأنها سراويل؛ لأنه صيدٌ حقيقة؛ لامتناعه بطيرانه وإن كان بطيئاً، فيلزمه الجزاء بقتلها. وقال مالك: يجوز ذبحها؛ لأنها مستأنسة، وليست بصيد. (ويحرم الظبي المستأنس)؛ لأنه صيدٌ بأصل الخلقة، ولا يطلّ باستئناسه العارضيّ، كالبعير إذا ندّ⁶ لا يأخذ حكم الصيد.

1: د: إن.

2: د: الموصول.

3: سنن الترمذي، الأطعمة 4؛ صحيح ابن خزيمة، 183/4.

4: ح - ما بلغت

5: مصنف عبد الرزاق، 429/4 بمعناه.

6: ح: إذ أنه.

(ونحرم ذبيحته) يعني: ما ذبحه المحرم من الصيد لا يحل أكله للمحرم ولا لغيره¹. وكذا ما ذبحه الحلال في الحرم. (مطلقاً) أي: سواء ذبحه لنفسه أو لغيره. وقال الشافعي: يجوز لغيره إذا كان حلالاً؛ لأنه إذا ذبحه لغيره ينتقل فعله إليه، فصار كأن الحلال ذبحه.

ولنا: إن الإحرام أخرج عن أهلية الذكاة²، كما قال تعالى: ﴿لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ﴾ [المائدة، 95/5]، فصار ذبيحته³ ميتة كذبيحة المجوسي.

(والميتة) أي: تناولها (أولى من الصيد) أي: من تناوله عند أبي حنيفة (للمضطر) أي: للمحرم إذا اضطر واحتاج إلى أكل الميتة أو الصيد.

(ويجيزه له مكفراً) يعني: قال أبو يوسف: يجوز للمحرم المضطر أن يصيد ويأكل ويكفر، وهذا أهون؛ لأن الكفارة تجبره، ولا جابر لأكل الميتة.

ولأبي حنيفة: إن في أكل الصيد ارتكاب المحظورين: محظور الذبح، ومحظور أكل الميتة؛ لأنه ميتة حكماً، وفي أكل الميتة ارتكاب محظور واحد، فكان هذا أولى.

وإن وجد صيداً ومالاً مسلم؛ يأكل الصيد دون مال المسلم؛ لأن الصيد حرام حقاً لله تعالى، والمال حرام حقاً للعبد، وكان الترخيص لحق العبد أولى⁴.

(وضمنوه) أي: القاطع إذا كان مكلماً (يقطع النامي من شجر الحرم) وهو ما ينسب إلى الحرم على الكمال، بأن نبت بنفسه، ولا يكون من جنس ما ينبت الناس، حتى لو أنبت الناس. سواء كان من جنس ما ينبت الناس أو لا. يحل قطعه؛ لأنه منسوب إلى المالك. وكذا لو نبت بنفسه، وكان من جنس ما ينبت الناس، بأن نبت ببذر وقع فيه منهم. (قيمته) أي: قيمة المقطوع. وقال مالك: لا ضمان عليه، لكنه يأثم.

قيد بـ«النامي»؛ لأنه لو قطع ما يبس منه لا ضمان عليه اتفاقاً؛ لكونه في حكم الموات.

له⁶: إن قطع شجر الحل كان جائزاً للمحرم، فكذا يجوز قطع شجر الحرم.

ولنا: إن نبت⁷ الحرم استحق الأمن؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «لا يختلى خلاها»⁸، أي: لا يقطع نباتها، وإن نبت بنفسه في ملك إنسان وقطعه قاطع؛ فعليه قيمتان: قيمة لمالكة، وقيمة أخرى لحق الحرم. وإذا أدى القيمة ملك المقطوع، لكن يتصدق به على الفقراء؛ لأنه ملكه بطريق محظور، ولو باعه جاز مع الكراهة، بخلاف الصيد، فإن بيعه لا يجوز وإن أدى قيمته.

(ويجيز) أبو يوسف (رعي حشيشه) أي: حشيش الحرم؛ لأن منعض الدواب عنه متعذر، فالتحق بالإذخِر. وقال: لا يجوز؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: لا يختلى خلاها»⁹، فإذا قطعه الدواب بإطلاق صوابها يكون كقطعهم بالمناجل، وحمل الحشيش من الحل ممكن، فلا ضرورة، على أن الضرورة يرفع الإثم، ولا يسقط الضمان.

(ولا يُقطع منه) أي: من نبات الحرم (إلا الإذخِر)؛ لأنه صلى الله عليه وسلم جَوَزَ قطعه¹⁰، ولا بأس بأخذ كماءة الحرم؛ لأنها ليست بنبات، وإنما هي مودعة.

(ولم نحرم المدينة) أي: لا حرم للمدينة عندنا. وقال الشافعي: لها حرم، وقطع شجرها¹ حرام؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «إن إبراهيم عليه السلام حرم مكة، وأنا أحرم المدينة».

1 ح: غيره.

2 ح: الزكاة.

3 ح: ذبيحته.

4 د - أولى.

5 د: ينيب.

6 ح: وله.

7 د: نبت.

8 صحيح البخاري، الجنائز 75؛ الإحصار، 2؛ صحيح مسلم، الحج 445.

9 صحيح البخاري، الجنائز 75؛ الإحصار، 2؛ صحيح مسلم، الحج 445.

10 صحيح البخاري، الجنائز 75؛ الإحصار، 2؛ صحيح مسلم، الحج 445.

ولنا: قول عائشة رضي الله عنها: «كان لآل محمد بالمدينة وحوشٌ يمسكونها»²، وإنَّ الصحابة لم يُنقل عن أحدٍ منهم إيجابُ الجزاء بقطع شجرها، و«أحرم» فيما رواه من الحرمة، لا من التحريم، يعني: أعظم المدينة.

(ويبطل بيع المحرم) صيداً اصطاده، (وشراؤه صيداً) صاده محرماً؛ لأنه إن كان مذبوخاً يكون كالهيئة، وإن كان حياً يكون تعرّضاً للصيد، فالحاكم ينقض البيع إن كان المبيع قائماً، وإن كان استهلكه المشتري، ينظر إن كان البائع صاده حلالاً وباعه³ محرماً؛ فعلى البائع أن يكفّر عنه، وعلى المشتري أن يعطي قيمته له إن كان حلالاً، وإن كان صاده محرماً؛ فليس على المشتري قيمته للبائع. كذا ذكره الناطفي.

(ونجيز [83و] نكاحه) أي: نكاح المحرم. وقال الشافعي: لا يجوز؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «لا يُنكح المحرم، ولا يُنكح»⁴، وفي تزويج الحاكم بولاية الحكم وجهان عنده.

ولنا: ما روي أنه صلى الله عليه وسلم تزوج ميمونة وهو محرّم⁵، وما رواه محمود على الوطاء؛ لأن النكاح حقيقة في الوطاء، ويحمل الإنكاح على الدلالة على فعله.

وضع في النكاح؛ إذ الرجعة يجوز اتفاقاً من المذهب.

(ونلزم القارن بدمين في كل ما فيه) أي: في كل جنائياً يلزم فيها (على المفرد دم). وقال الشافعي: يلزم دم واحد⁶؛ لأن إجماع القارن واحد، وسفره واحد، فكذا جزاء جنائيه يكون واحداً⁷.

ولنا: إنَّ إجماع القارن واحد بصورة، لكنه متعدد معنى؛ لأنه وسيلة لعبادتين، فيكون جنائيه في إجماعه جنائيتين.

ولو قطع نبات الحرم؛ فعليه جزاء واحد؛ لأنه بدل المحل، لا جزاء الفعل.

قال شيخ الإسلام: وجوب الدمين على القارن مطلقاً فيما إذا كان قبل الوقوف، وأما بعده؛ ففي الجماع يجب دمان، وفي غيره من المحظورات دم واحد؛ لأنَّ إجماع العمرة إنما بقي في حق التحلل لا غير.

(فصل في الإحصار)

(نحقق الإحصار بالمرض كالعدو) يعني: إن منع المحرم مرضاً من المضى إلى البيت يكون محصراً عندنا، ويجوز له التحلل. وقال الشافعي: المحرم لا يكون محصراً إلا بالعدو؛ لأنَّ قوله تعالى: ﴿وَإِنْ أُحْصِرْتُمْ فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ﴾ [البقرة، 196/2] خطاب للنبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه، وكانوا ممنوعين بالعدو.

ولنا: إنَّ الإحصار هو المنع، والاعتبار لعموم اللفظ لا لخصوص السبب.

(فبيعت) المحصر (شاة)؛ لأن المنصوص عليه هو الهدى، وأدناه شاة، ليس المراد به: بعث الشاة بعينها؛ لأنَّ ذلك قد يتعدى، بل له أن يبعث قيمتها حتى يشتري بها شاة، فيذبح في الحرم.

(والقارن دمين)؛ لأن المحصر القارن محتاج إلى التحلل عن الإجماع معاً.

ولو بعثهما ولم يعين أحدهما للحج أو العمرة لم يضره.

ولو أهل بعمرتين، وسار إلى مكة؛ يلزمه هدي واحد من عمرة واحدة إذا أحصر؛ لأنه حيث سار رافضاً إحداهما، ولو لم ير يسر حتى أحصر لزمه هديان.

اعلم أنَّ المفهوم من المتن أنَّ الشافعي وافقنا في وجوب الدمين على القارن المحصر، مع أنَّه جعل إجماع القارن واحداً، وألزمه دمًا واحداً إذا جنى في المسألة المذكورة فوق هذا الفصل.

1 ح: شجرة.

2 لم نجده.

3 د: فباعه.

4 صحيح مسلم، النكاح 41؛ سنن أبي داود، المناسك 40.

5 صحيح البخاري، الإحصار 23؛ صحيح مسلم، النكاح 46.

6 د - واحد.

7 ح: واحد.

(ولو كان المحصر مأمورًا) بالحجّ (يوجبها عليه) أي: أبو يوسف الشاة على المأمور؛ لأنّ ضرر امتداد الإحرام مختصّ به، فيكون خلاصه بالدم عليه، (وهما على الأمر)؛ لأنه هو الذي أوقع المأمور في الورطة، فتخليصه يكون عليه. وهذه المسألة المذكورة¹ من الزوائد لم ينهه عليها المصنف في المتن ولا في الشرح.

(ولا نجيز ذبحها في مكانه) أي: مكان الإحصار. وقال الشافعي: يجوز؛ لما روي أنه صلى الله عليه وسلم أحصر بالحدبية، وذبح الهدى بها².

ولنا: قوله تعالى: ﴿فَإِنْ أُخْصِرْتُمْ فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ﴾ [البقرة، 196/2]، والهدى اسم لما يهدى إلى الحرم، وما رواه لا يكون حجّة؛ لأن بعض الحدبية من الحرم، فلعله ذبح فيه.

(بل يواعد به) يعني: يواعد المحصر من يبعثه بأن يذبحها في يوم معين (في الحرم، ثم يتحلّل). (ويوجب) أبو يوسف على المحصر (الحلق بعد ذبحها)؛ لأنه عجز عن سائر المناسك، ولم يعجز عن الحلق، وهو من جملة ما، فيفعله.

ولهما: إنّ الحلق إنما كان للتحلل، وقد حصل للمحصر التحلل بذبح هديه، فلا حاجة إلى الحلق. (وهو) أي: دم الإحصار، يعني: ذبحه (قبل يوم النحر جائز) عند أبي حنيفة (كالمحصر للعمرة). يعني: كما كان ذبح دم الإحصار في العمرة جائزًا قبل يوم النحر اتفاقًا. وعندهما: لا يجوز.

وإنما قال: «وهو» مشيرًا إلى دم الإحصار؛ لأنّ دم المتعة والقران مؤقت بأيام النحر اتفاقًا، ودم الجزء غير مؤقت اتفاقًا. وإنما قال: «قبل يوم النحر»؛ لأنّ دم الإحصار مختصّ بالمكان، وهو الحرم اتفاقًا.

لهما: إنّ دم يتحلّل به، وقائم مقام الحلق، والحلق قبل أيام النحر غير جائز، فكذا ما قام مقامه، بخلاف دم الإحصار عن العمرة؛ لأنّ التحلل عنها بإتيان أفعالها غير مؤقت، فكذا الذبح عن إحصارها.

وله: إطلاق قوله تعالى: ﴿فَإِنْ أُخْصِرْتُمْ فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ﴾ [البقرة، 196/2] بلا اشتراط زمان، وأما اختصاصه بالمكان؛ فمعموف بإشارة النص؛ لأنّ الهدى اسم لما يهدى إلى الحرم.

(ولا نجيز الصوم) يعني: تحلل المحصر بالصوم غير جائز عندنا، فيبقى محرّمًا أبدًا (لو أعسر) أي: صار ذا عسر بحيث عجز عن الهدى. وقال الشافعي: يجوز بأن يقوم شاةً وسطًا بالطعام، فيصوم بإزاء كلِّ مدٍّ يومًا؛ لأنه عجز عن الهدى، فيصوم مقامه كالمتمتع.

ولنا: إنّ البدل لا يكون له بدل، والهدى بدل عن الحلق أو العمرة، فلا يكون الصوم عنه بدلًا. (وإذا تحلّل) المحصر (نأمره بالقضاء) نفلًا كان أو فرضًا. وقال الشافعي: لا قضاء عليه؛ لأنه ممنوعٌ بعذرٍ ليس من جهته فيه تقصير. وفي أحد قوليه: إنّ القضاء ساقطٌ عنه في النفل دون الفرض. كذا ذكره صاحب «المحرر»، والمذكور في «الحاوي» و«الوجيز»: أن لا قضاء [83ظ] عليه مطلقًا، وهو مختار المصنف.

(فيقضي القارن) المحصر عندنا (حجّة وعمرتين). أما قضاء إحدى العمرتين؛ فلأنه أحرم لها، وتحلّل بلا إتيان أفعالها. وأما الأخرى؛ فلأنه فائت الحج، ومن فات عنه³ الحجّ لزمه أن يتحلّل عن إحرامه بالعمرة؛ لأنّ الإحرام الصحيح لا طريق للخروج عنه إلاّ بأداء أحد النسكين، وهنا عجز عن الحجّ، فيتعين عليه العمرة.

(والمفرد) أي: ويقضي المحصر المفرد بالحج (حجّة وعمرة) علته ظاهرة مما سبق. (وإذا زال الإحصار بعد بعث الهدى) فالمسألة على أربعة أوجه؛ لأنه:

[1.] إما ألا يدرك⁴ الهدى والحجّ.

[2.] أو يدركهما⁵.

¹ د - المذكورة.

² صحيح البخاري، الإحصار 2؛ السنن الكبرى للبيهقي، 216/5.

³ ح: عن.

⁴ د: تدرك.

⁵ د: ندركهما.

[3.] أو يدرك¹ الهدى دون الحج.

[4.] أو على العكس.

فإن كان لا يدركهما لا يلزمه التوجُّه؛ لأن مقصوده . وهو التحلل . يحصل بهديه، ولم يذكر المصنفُ هذا القسم لوضوحه .
والقسمُ الثاني هو قوله: (فإن قدر على إدراك الهدى والحج لم يتحلَّل ويمضي) أي: يتوجه لأداء الحجِّ لزوال العجز عنه، ثم إذا أدرك هديه؛ فله أن يصنع² به ما شاء؛ لأنه ملكه.

(أو الهدى وحده) أي: إن قدر على إدراك الهدى دون الحج، هذا هو القسم الثالث، (تحلَّل) بذبح الهدى لعجزه عن الحج الذي هو الأصل.

(أو الحج دونه) هذا هو القسم الرابع، يعني: إن قدر على إدراك الحج دون الهدى (أجزناه) أي: التحلل. وقال زفر: لا يتحلَّل، بل يمضي؛ لأنه قدر على الحج الذي هو الأصل، وبطل الخلف.

ولنا: إنَّ المضيَّ لو وجب عليه؛ لضاع ماله؛ لأنَّ الهدى ملكه، وقد بعثه لمقصودٍ، وهو التحللُ، فإذا لم يدرك الهدى³، ولا يتحلَّلُ بذبحه يضيع ماله، وللمال حرمة كحرمة النفس، فلو خاف على نفسه لا يلزمه المضيُّ، فكذا إذا خاف على هلاك ماله.
اعلم أنَّ هذا التفسير لا يستقيم في المحصر بالحجِّ على قولهما؛ لأنَّ دمَّ الإحصار مؤقَّتٌ بأيام النحر عندهما، فمن أدرك الحجَّ أدرك الهدى، وإنما يستقيم على قول أبي حنيفة؛ لأنَّ دمَّ الإحصار غير مؤقَّتٍ عنده، وأما في المحصر بالعمرة؛ فيستقيم بالاتفاق؛ لأنَّ دمه غير مؤقَّتٍ اتفاقاً⁴.

(ولا نحقق الإحصار بمكة إلا لمن منع من⁵ الطواف مع الوقوف) يعني: من عجز بمكة عن طواف الزيارة، والوقوف بعرفة يكون محصرًا اتفاقًا، وأما إذا عجز عن أحدهما لا يكون محصرًا عندنا، فلا يتحلَّلُ، بل يمكثُ فيها، فإن قدر على الطواف دون الوقوف طاف، فيتحلَّلُ؛ فعليه قضاء حجَّةٍ. وإن وقف وعجز عن الطواف يكون حاجبًا، ويبقى محرَّمًا حتى يطوفه. وقال الشافعي: يكون محصرًا، فيتحلَّل، وعليه دمٌ.

له: إطلاقُ قوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَحْصَرْتُمْ﴾ [البقرة، 196/2].

ولنا: ما ورد في حقَّ المحصرين، وهو قوله تعالى: ﴿وَلَا تَحْلِفُوا رُؤُوسَكُمْ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْهَدْيُ مَحَلَّهُ﴾ [البقرة، 196/2]، يعني: الحرم، جعل بلوغ الهدى غايةً للنهي، وهذا يدلُّ على أنَّ الإحصار يتحقَّق خارج الحرم.

(فصل في العمرة)

(ولا نفرض العمرة). وقال الشافعي: هي فرضٌ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «العمرة فريضة كفريضة الحج»⁶.

ولنا: قوله صلى الله عليه وسلم: «الحج فريضة، والعمرة تطوع»⁷، وإنَّها غير مؤقَّتة، وهذا يدلُّ على نفلتها، وما رواه محمودٌ على أن معناه: العمرة مقدَّرة بأفعال كتقدير الحجِّ بأفعالٍ توفيقًا بينهما، على أنَّ الفريضة لا يثبت مع التعارض.
(ويجمعها الإحرام والطواف والسعي والحلق). أقول: في عبارته مؤاخذه؛ لأنَّ هذه الأشياء أجزاءٌ للعمرة، والكلُّ يجمع أجزاءه لا الأجزاء الكلِّ.

ويمكن توجيه عبارته بتكليفٍ، وهو أن الجمع يجيء لازماً، قال الجوهري: الجمع ضد التفرُّق، فيكون «في» مقدَّرة في الضمير المنصوب، يعني: يجتمع في العمرة هذه الأشياء. ولو قال: «ويتحقق بالإحرام إلى آخره»؛ لكان أوضح.

(ولا تفوت) أي: العمرة، (وتحوز في كلِّ العام) أي: في كلِّ أيامه بلا كراهة، (إلا يوم عرفة والنحر وأيام التشريق) لما روي

أنَّ عائشة رضي الله عنها كانت تكرهها في هذه الأيام⁸.

1 د: ندرك.

2 ح: يضع.

3 د: يدركه.

4 د - اتفاقاً.

5 د: عن.

6 سنن الدارقطني، 345/3: السنن الكبرى للبيهقي، 350/4، بمعناه.

7 سنن ابن ماجه، المناسك 44 بلفظ «جهاد» مكان «فريضة».

8 السنن الكبرى للبيهقي، 346/4.

(فصل) في الهدى

وهو ما يُنقلُ للذبح من النعم إلى الحرم.

(يهدى من الإبل والبقر والغنم) وهذه الأنواع منقولة متوارثة¹.

(ويجزئ منها الثني) وهو من الإبل ابنُ خمس سنين، ومن البقر ابنُ سنتين، ومن الضأن ابنُ سنةٍ.

(والجدع من الضأن) جمع الضائن، وهو خلافُ المغز، كركب وراكب. الجذع بفتح الذال المعجمة من الضأن: ما تم له ستُّ أشهرٍ.

أشهرٍ.

قَيَّدَ «الضأن»؛ لأنَّ الجذع من الإبل. وهو ابنُ أربع سنين، ومن البقر ابنُ سنةٍ. غَيْرُ² جائز؛ لما روي أنه صلى الله عليه وسلم قال: «ضُحُوا النبايا، إلا أن يعسر عليكم، فاذبحوا الجذع من الضأن»³، والهدايا كالضحايا؛ لأنَّ كلاً منها قرينةٌ تعلقتُ بالإراقة، فيكون في الجواز كذلك.

(لا مقطوع الأذن) أي: لا يجزئ في الهدى مقطوعُ الأذن، ولا مخروقةٌ طولاً كان أو عرضاً؛ لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن تضحية كلِّ منهما⁴.

(وقطع ربعها) أي: ربع الأذن، وهو مبتدأ، (أو ثلثها، أو الزائد عليه) أي: على الثلث، (أو على النصف، وبه، قال: مانع)

وهو خبره.

أقول: لو قال: «مانع، وبه قال»؛ [84و] لكان أحسن؛ لأنَّ الإردافَ إنما يكون بعد المشعر بالخلاف، هذه أربع رواياتٍ عن أبي حنيفة في مقدار المقطوع من الأذن المانع من التضحية.

وجهُ الأولى: إنَّ الربع قائم مقام الكلِّ.

وجهُ الثانية: إنَّ الثلث كثيرٌ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم في الوصية: «الثلث كثير»⁵.

وجهُ الثالثة: إنَّ الزائد على الثلث كثيرٌ، ولهذا لا ينفذ في الوصية إلا بإجازة الورثة.

وجهُ الرابعة: وهو قولهما: إنَّ الزائد على النصف كثيرٌ حقيقةً بالنسبة.

(ولا مقطوع الذنب والبدن، ولا العوراء، والعجفاء) أي: المهزولة؛ لنهي صلى الله عليه وسلم عن تضحية هذه المذكورات⁶.

(والعرجاء التي لا تبلغ المنسك) قَيَّدَ به؛ لأنه صلى الله عليه وسلم حين سئل عن تضحية العرجاء إذا بلغت المنسك

جازت⁷.

(ولو نذر بدنة لم نخص الإبل). وقال الشافعي: يخصُّ به؛ لأنَّ البدنة غيرُ البقرة؛ لما روي عن جابر رضي الله عنه أنه قال:

«كنا ننحر البدنة عن سبعة، والبقرة عن سبعة»⁸، والعطفُ يدلُّ على المغايرة، فلا يتناولها لفظُ البدنة. هذا إذا لم ينو بها الإبل، وإن نواها اختصَّت بالإبل اتفاقاً.

(ولا عينا البقرة لفقدها) أي: لعدم وجدان الإبل. وقال مالك: اسمُ البدنة صادقٌ على الإبل؛ لأنَّ الضخامة فيها أكثرُ،

يقال: بدن الرجل إذا ضخم، وعند العجز عنها تقوُّمُ البقرة مقامها؛ لاشتراكهما في الضخامة.

(فبتخيُّر) أي: الناظر عندنا بين إهداء الإبل والبقر؛ لما روي عن علي رضي الله عنه أنه قال: «البدنة من الإبل والبقر»⁹.

(ويخصُّ ذبحها بالحرم) يعني¹⁰: قال أبو يوسف: ذبح البدنة المنذورة لا يجوز في غير الحرم. وقال: يجوز.

1 ح: متواترة.

2 ح: وغير.

3 صحيح البخاري، الأضاحي 13؛ سنن أبي داود، الضحايا 5 بمعناه.

4 سنن أبي داود، الضحايا 5، 6؛ سنن الترمذي، الأضاحي 6.

5 صحيح البخاري، الوصايا 3؛ صحيح مسلم، الوصية 5، 7.

6 سنن أبي داود، الضحايا 5، 6؛ سنن الترمذي، الأضاحي 6.

7 سنن الترمذي، الأضاحي 9؛ مسند أحمد بن حنبل، 95/1، عن علي.

8 صحيح مسلم، الحج 350؛ سنن الترمذي، الحج 66.

9 لم نجد إلا في المحيط البرهاني لابن مازة، 491/2، وهو مرفوع. وهذا مروى عن عطاء والسعيد قولهما، انظر: مصنف ابن أبي شيبة، 505/8.

10 ح - يعني.

قَيَّدَ «ذبح البدنة المنذورة»؛ لأنه لو نذر هديًا يختصُّ ذبحه بالحرم اتفاقًا؛ لأنه اسمٌ ما يُهدى إلى الحرم، ولو نذر جزوًّا . وهو ما يذبح ليتصدَّق لحمه . يجوز في غير الحرم اتفاقًا .

له قوله¹ تعالى: ﴿وَالْبُدْنَ جَعَلْنَا لَكُمْ مِنْ شَعَائِرِ اللَّهِ﴾ [الحج، 36/22] إلى قوله: ﴿ثُمَّ مَحَلُّهَا إِلَى الْبَيْتِ الْعَتِيقِ﴾ [الحج، 33/22].

ولهما: إنَّ النذرَ مطلقٌ، فلا يختصُّ بالحرم، وأما الآية؛ فواردةٌ في بدن المتعة والقران، لا النذر .
(وتجزئ) البدنة (عن سبعة) لما روي أنه صلى الله عليه وسلم أشرك² سبعة في بدنة³.
(نشرط قصدهم القرية) يعني: إنما يجزئ البدنة عن سبعة عندنا إذا قصد كلٌّ منهم التقرب إلى الله، ولو قصد بعضهم اللحم لا يجوز عن الكل. وقال الشافعي: يجوز؛ لأنَّ عدمَ قصد القرية عن بعضهم لا يمنع القرية عن نواها.
ولنا: إنَّ الذبح في المحلِّ واحدٌ، فلا يمكن أن يتجزأ، ويكون بعضه عن القرية، وبعضه عن اللحم.
(والغني اتحاد جهتها) يعني: إذا اشترك سبعة في بدنة، واختلف جهات قربهم، بأن قصد أحدهم جزاء الصيد، والآخر دمَّ القران؛ يجوز عن الكلِّ عندنا. وقال زفر: لا يجوز؛ لأنَّ الذبح واحدٌ لا يقبل التجزؤ .
ولنا: إنَّ الإراقة متحدةٌ، وهي القرية، واختلفت جهات القرب متعلِّقةٌ لمن عليه الإراقة، فلا يلزم منه التجزؤ في الإراقة.
(ونجيز الأكل) أي: أكل المتمتع والقران (من دمي المتعة والقران). وقال الشافعي: لا يجوز؛ لما سبق من أنَّ أداء كلِّ من النسكين على حدة أفضلٌ عنده، وفي جمعهما نقصانٌ، فيكون كلٌّ من الدمين دمَّ جبرٍ، فلا يأكل منه كدم الكفارة.
ولنا: إنَّه دمُّ شكرٍ على نعمةٍ جمعه بين العبادتين في سفرٍ واحدٍ⁴، فصار كدم الأضحية.
(ولا نجيز ذبحهما) أي: ذبح دمي المتعة والقران (قبل يوم النحر). وقال الشافعي: يجوز؛ لأنه دمُّ جبرٍ، فيجوز تقديمه كتقديم دماء الكفارات.

ولنا: إنَّه دمُّ نسلِك، فأشبهه الأضحية.

(ويفضل فيه) أي: في يوم النحر (ذبح التطوع في الأصح). قَيَّدَ به؛ دفعًا لما قاله القدوريُّ من أنَّ هديَّ التطوع لا يجوز قبل النحر، والأصحُّ أنَّه يجوز؛ لأنَّ القرية في التطوع يتحقَّق بتبليغه إلى الحرم، فإذا وجد ذلك جاز ذبحه في غير يوم النحر، ولو ذبح فيه؛ كان أفضل؛ لأن معنى القرية في إراقة الدم أظهرُ.
والحاصل: إنَّ الدماء على أربعة أوجه:

منها: ما يختصُّ بالزمان والمكان، كدم المتعة والقران، ودم الإحصار عندهما.

ومنها: ما يختصُّ بالمكان دون الزمان، كدم الجنائيات ودم الإحصار عنده.

ومنها: ما يختصُّ بالزمان دون المكان، كدم الأضحية.

ومنها: ما لا يختصُّ بالزمان وبالمكان، كدم المنذور عندهما، وعند أبي يوسف: يتعين بالمكان.

(ويؤكل منه) أي: من هدي التطوع⁵، يعني: يجوز أن يأكل المهدي والأغنياء منه؛ لِمَا صح أنه صلى الله عليه وسلم أكل من هديه⁶. هذا إذا ذبح في الحرم؛ لأن القرية إنما يحصل بالإراقة فيه، فيبقى اللحم طيبًا، وأما في غيره؛ فالقرية إنما يحصل بالتصدَّق، فلا يجوز أكله لصاحبه ولا لغيره من الأغنياء.

(ويجوز ذبح بقية الهدايا) كدماء الكفارات (قبله) أي: قبل يوم النحر؛ لأنها واجبةٌ جبرًا للنقصان، وتعجيل الجابر أولى.

(ولا يؤكل منها)؛ لأنها صدقاتٌ، فلا يأكل منها الأغنياء ولا صاحبها.

(ويتعين الحرم لذبح الهدايا) لقوله تعالى: ﴿هَدْيًا بِالْعُكْبَةِ﴾ [المائدة، 95/5].

¹ ح: لقوله.

² ح: اشترك.

³ صحيح مسلم، الحج 353؛ مسند أحمد بن حنبل، 378/3.

⁴ ح - واحد.

⁵ د: التطوع.

⁶ صحيح مسلم، الحج 147؛ سنن أبي داود، المناسك 58؛ سنن ابن ماجه، المناسك 84.

(ونجيز التصدق على مساكين غير الحرم) يعني: إذا ذبح دم الجبر أو الجناية يجوز تصدُّفه على فقراء غير الحرم. وقال الشافعي: لا يجوز؛ لأن الذبح إنما شرع في الحرم توسعةً على فقرائه، فلا يتصدَّق على غيرهم.

ولنا: إنَّ الشرع عيَّن الحرم ليقع الدم قربةً على خلاف القياس، لا للتصدق على فقرائه، والتصدق قربةً معقولةً [84ظ] المعنى، لا اختصاص لها بالمكان.

(ولا يجب التعريف بها) أي: بالهدايا، وهو أن يذهب بها إلى عرفات بعلامةٍ من قلادةٍ وغيرها؛ لأنَّ الهدى إنما ينبئ عن النقل إلى الحرم، لا إلى عرفات. ولو عرّف هدي المتعة، أو القران، أو التطوع؛ فحسنٌ؛ لأنه دمٌ نسلِك، وتشهيرُهُ أجدُّ تحقيقاً لمعنى الشعائر.

(ولا يقلدُ إلا البدن) بضم الدال، جمع بدنة؛ لأنَّ تقليدَ الشاة غيرُ مسنونٍ لما مرَّ. (من دم نسلِك¹) كدم التطوع والمتعة والقران، (لا الجبر والجناية) يعني: لا يقلدُ دم الجبر، كدم الإحصار، ولا دم الجناية، كدماء² الكفارات؛ لأنَّ الستَر بها أليقُّ. (ويفضل نحر الإبل) وهي قائمةٌ، وهو قطعُ موضع القلادة من صدرها، (وذبح البقر والغنم) مع إضجاعهما؛ لما نقل أنَّه صلى الله عليه وسلم فعل كذا³.

(وبنفسه إن عرف) يعني: الأفضل أن يفعلهما بنفسه إن عرف ذلك؛ لأنه أقرب إلى الخشوع. (ويتصدَّق بجلالها) جمع جِلٍّ، وهو ما يلبس على الدابة، (وخطامها) وهو ما يجعل في أنف البعير؛ لأنَّه صلى الله عليه وسلم أمر عليًّا رضي الله عنه بذلك⁴.

(ولا يعطى أجر الجزار منها)؛ لأنه صلى الله عليه وسلم نهى عليًّا رضي الله عنه عن ذلك⁵. (ونجيز ركوبها) أي: ركوب البدنة (للمضطر) أي: للسائق المضطر إلى ركوبها، (لا مطلقاً). يعني: قال الشافعي: يجوز ركوبها اضطرراً إليها أو لم يضطر؛ لما روي أنَّه صلى الله عليه وسلم رأى رجلاً يسوق بدنة، فقال صلى الله عليه وسلم: «اركبها ويحك»⁶.

ولنا: إنَّ البدنة بعينها خالصةٌ لله تعالى، فلا يصرفُ شيئاً من عينها ومنافعها إلى نفسه إلا إذا اضطرَّ، وما رواه محمودٌ على حالة العجز، يدلُّ عليه قوله: «ويحك»؛ لأنه كلمةٌ ترخِّم، وفي رواية: «ويحك»، وهو كلمةٌ وعيدٌ؛ لأنَّ عدم ركوبه كان يفضي إلى هلاكه.

(وينضح ضرب ذات اللبن) من الهدى (بالماء البارد لينقطع) لبنها كيلا يتضرَّر بعدم الحلب إذا كانت قربةً من وقت الذبح. (فإن كانت بعيدةً حلب وتصدَّق) لبنها، (وإن انتفع به) شرباً، أو بيعاً، أو دفعه إلى غنيٍّ (ضمنه)؛ لأنها صارت بجميع أجزائها خالصةً لحق الله تعالى، فمصرفه الفقراء، فإذا ولدت تصدَّق بولدها، أو ذبحه معها.

(ولو عطب) أي: هلك في الطريق هدي (تطوع سقط) عن المهدي تعويضه؛ لأنَّ محلَّ القرية فات. (أو واجب) أي: لو عطب هدي واجب، (أو تعيب) بحيث يمنع الجواز، كذهاب العين والأذن ونحوهما. وفي بعض النسخ: «أو معيب» على وزن مشيب، عطفت على قوله: «أو تطوع». (أعاض عنه) أي: أقام غيره مقامه؛ لأنَّ الواجب باقٍ في الذمَّة، فلا يسقط⁷ عنه حتى يذبحه في محلِّه، (وصنع به) أي: بالمعيب (ما شاء)؛ لأنه خالصٌ ملكه، (أو بدنة) يعني: لو عطبت⁸ بدنة في الطريق أراد به القرب⁹ إلى العطب.

¹ د: النسك.

² ح: كدم.

³ صحيح البخاري، الحج 26؛ صحيح مسلم، الحج 147، 356؛ سنن ابن ماجه، المناسك 84.

⁴ صحيح البخاري، الحج 119؛ صحيح مسلم، الحج 349.

⁵ صحيح البخاري، الحج 119؛ صحيح مسلم، الحج 349.

⁶ سنن الترمذي، الحج 72؛ سنن ابن ماجه، المناسك 100.

⁷ د: تسقط.

⁸ د: عطب.

⁹ ح: القريب.

(فإن كانت تطوعاً نحرها، وصيغ بدمها قلادتها، وضرب بها صفحتها) أي: ضرب بتلك القلادة صفحة سنامها؛ ليعلم الناس أنه هديٌّ مخصوصٌ بالفقراء دون الأغنياء.
(وتصدَّقَ بها على الفقراء. أو واجبة) أي: إن كانت البدنة واجبةً (أعاض عنها، وفعل بتلك) أي: بالبدنة الأولى (ما شاء)؛ لأنها ملكه.



شرح مجمع البحرين وملتقى النيرين

تأليف

عبد اللطيف بن عبد العزيز بن أمين الدين

المشهور بابن ملك

تحقيق

إلياس قبلان

المجلد الثاني

فهرس المحتويات

246 (كتاب البيوع)
250 (فصل) فيما يدخل في البيع تَبَعًا وبيع التِّمَار
254 (فصل) في تصرفات المبيع للوكيل بالبيع
257 (فصل) في الاستبراء وما يتبعه
259 (فصل) في عقود أهل الذمَّة
260 (فصل) في خيار الشَّرْط
264 (فصل) في خيار الرُّوْية
267 (فصل) في خيار العيب
272 (فصل) في البيع الفاسد والباطل
280 (فصل) في الإقالة
282 (فصل) في المرابحة والتولية والوضيعة
285 (فصل) في التصرُّف في المبيع والتمن قبل القبض
287 (فصل) في الرِّبَا
291 (فصل) في السلم
299 (فصل) في الصرف
304 (كتاب الرهن)
309 (فصل) فيما يجوز رهنه والارتهان به وما لا يجوز
315 (فصل) في الرهن يوضع على يد العدل، وفي التصرُّف فيه، والحناية منه وعليه
317 (كتاب الحجر)
321 (كتابُ المأذون)
327 (كتابُ الإقرار)
332 (فصل) في الاستثناء وما في معناه
334 (فصل)
339 (فصل) في إقرار المريض
342 (كتابُ الإجارة)
351 (فصل) فيما يجوز من الإجارة وما يفسد منها
357 (كتابُ الشفاعة)
360 (فصل) في طلب الشفاعة والخصومة فيها
363 (فصل) فيما تبطلُ به الشفاعة وما لا تبطلُ
366 (فصل)
368 (فصل) في الاختلاف وما يؤخذ به المشفوعُ
369 (كتاب الشركة)
376 (كتاب المضاربة)
381 (فصل) في نفقة المضارب على نفسه من مال المضاربة

382 (كتاب الوكالة)
385 (فصل) في التوكيل بالشراء
389 (فصل) في الوكالة بالبيع وغيره
392 (فصل) في الوكيلين والعزل وبطلان الوكالة
395 (كتاب الكفالة)
398 (فصل) في الكفالة بالمال
402 (كتاب الحوالة)
404 (كتاب الصلح)
410 (فصل) في المصالحة في الديون والتوكيل به والتبرع
411 (فصل) في الدين المشترك والتخارج
413 (كتاب الهبة)
417 (فصل) في الرجوع في الهبة
420 (فصل) في العمرى والصدقة
421 (كتاب الوقف)
426 (فصل) في إجارة الوقف وإثباته
427 (كتاب الغصب)
433 (كتاب الوديعة)
438 (كتاب العارية)
441 (كتاب اللقيط)
443 (كتاب اللقطة)
445 (كتاب الخنثى)
446 (كتاب المفقود)
447 (كتاب الإباق)
449 (كتاب إحياء الموات)
450 (فصل) في الشرب
452 (كتاب المزارعة)
454 (فصل)
456 (كتاب المساقاة)

(كتاب البيوع)

البيع: مبادلة المال بالمال بالتراضي. إنَّما جمعه باعتبار أنواعه:

- [1.] من بيع العين بالعين، وهو المقايضة، سمي بها لتساوي العوضين في العينية، يقال: هما قيطان أي: متساويان في العطفية.
- [2.] وبيع الدين بالعين، وهو السلم.
- [3.] وبيع العين بالدين.
- [4.] وبيع الثمن بالثمن، وهو الصرف.

(يُنْعَقِدُ) البيعُ (بِإِيجَابٍ) وهو ما ذكر أولاً من لفظ بعث أو اشترت، (وَقَبُولٍ) وهو ما ذكر ثانياً.

وفيه إشارة إلى أن البيع معنى شرعي¹ يظهر أثره في المحلّ عند الإيجاب والقبول، حيث لم يقل: البيع هو الإيجاب والقبول. وقد ينعقد بمجرد الإيجاب فيما إذا اشترى الأب من ابنه الصغير، أو باع منه، بأن يقول: اشترت هذا من ابني فلان بكذا، أو يقول: بعث هذا منه بكذا، فإنَّ الأب. لوفور شفقتة. أقيم عبارته مقام عبارتين، فلم يحتج إلى القبول ثانياً، ويكون أصيلاً في حق نفسه، نائباً عن الصغير، حتى لو بلغ الصغير كانت العهدة عليه لا على أبيه، بخلاف ما إذا باع مال ابنه الصغير من أجنبي، فبلغ الصغير؛ كانت العهدة على الأب، فإذا لزم عليه الثمن في صورة الشراء من ابنه الصغير لا يبرأ عن الدين حتى ينصب القاضي وكياً بقبضه² للصغير، فيردّه على الأب، فيكون أمانة عنده. كذا في «التجريد».

(بِصِغَةِ الْمَضِيِّ فِيهِمَا)، حتى لو كان أحدهما مستقبلاً لا ينعقد.

وإنَّما شرط صيغة المضى؛ لأن صيغة المستقبل لا يدلّ على الوجود جزماً، فتُحمل على العدة، فلا تدلّ³ على الإنشاء. وأما صيغة الماضي؛ فدالّة على الوجود، فإذا لم يسبق المخبر به تحمل على الإنشاء ضرورة تصحيح كلامه. اعلم أنّ عدم انعقاد البيع بالمضارع فيما إذا لم يوجد فيه نية الإيجاب في الحال، وأما إذا وجدت ينعقد؛ لأن صيغته تحتلّ الحال. كذا في «الكفاية».

فإن قيل: يرذ على هذا ما إذا قال: حُذ هذا بألفٍ، فقبله المشتري؛ ينعقد البيع بلا نية الحال.

قلنا: إنَّه أمره بالأخذ، وليس له ولاية الأخذ بألفٍ إلا بالبيع الثابت اقتضاءً، فكأنه قال: بعثك هذا بألفٍ، فخذ.

(ويكّن [85] لفظ يدل على معناه) أي: معنى الإيجاب والقبول، أما في الإيجاب، فكقوله: أعطيتك هذا بكذا، أو جعلت لك هذا بكذا، فإنَّه في معنى: بعث، وأما في القبول، فكقوله: أجزت، وأخذت، وما أشبههما. وقد يقوم القبض مقام القبول، كما لو قال: بعثك هذا بدرهم، فقبضه المشتري ولم يقل شيئاً؛ ينعقد البيع. كذا في «الخانية».

(وبالتعاطي) أي: بإعطاء المبيع والثمن من الجانبين بلا إيجاب وقبول (مطلقاً) أي: في نفائس السِّلَع وخسائسها (في الأصح)

احترز به عما قاله الكرخي من أنه إنَّما ينعقد بالتعاطي إذا كان خسيماً قليلاً الثمن؛ لأن العادة جارية فيه، لا في التّمس، لكنَّ الأصح: أنه جائز في الجميع لوجود التراضي منهما، وهو المعتبر في الباب. وقيل: يكفي في التّعاطي الإعطاء من أحد الجانبين، كمن وضع فلساً، وأخذ قطعة حلواء مقدّرة به.

(ويخيّر القابل) أراد به: من هو في صدد القبول مجازاً؛ لأن القابل حقيقة لا يبقى فيه خيار القبول. (في المجلس) أي: في

مجلس الإيجاب، أعلم من أن يكون بالخطاب أو بالرسول، كما إذا قال لرسوله: قل لفلان: بعث عبدي منه بكذا، فذهب الرسول، فأخبره، فقال المشتري في مجلسه ذلك: اشترت، أو بالكتاب؛ لأن كلاً منهما سفير، فمجلسه كمجلس العقد بالخطاب، فلو قال: بعث هذا من فلان بكذا، فبلغه الخبر بغيرهما، فقبل؛ لا يجوز؛ لأن شرط العقد لا يتوقّف.

(فإن شاء قبل) الإيجاب، ويتم البيع، (وإن شاء ردّ من غير تفريق صفقة)، وهي ضرب اليد على اليد في البيع، ثم جعلت

عبارة عن العقد.

قيد بغير تفريق؛ لأنَّه إن قبل الإيجاب بتفريقها، كما إذا قال: بعث هذين القفيزين بعشرة، فقال المشتري: قبلت أحدهما بخمسة؛ لا يجوز؛ لأن البائع قد يضمّ الجيد إلى الرديء، فيبيعهما معاً، وفي تغيير ما أوجبه إضراراً له.

¹ ح - شرعي.

² د: يقبضه.

³ د: يدل.

(إلا بالرّضا) استثناءً من حكمٍ مقدّرٍ مفهومٍ مما قبله، وهو لا يصحّ قبوله بتفريقها إلا بأن يرضى البائع به، فيصحّ قبوله، فيكون ذلك من المشتري في الحقيقة استثناءً إيجاباً لا قبول، فإذا رضي به البائع في المجلس يصحّ هذا إذا كان المبيع من المتليات؛ لأن حصّة بعضه من الثمن تكون معلومةً. وأما إذا كان من القيميات، كما إذا أضاف العقد إلى عبيدين بألفين، فقبل المشتري أحدهما؛ لم يصحّ وإن رضي به البائع؛ لأن الثمن منقسمٌ باعتبار القيمة، وقبول المشتري في بعضه صار كابتداء عقدٍ بالحصّة، وإنه لا يجوز.

(أو تفصيل الثمن) يعني: إذا فصل البائع الثمن بأن قال: بعث هذين العبدین: بعث هذا بألفٍ، وهذا بألفٍ، فقبل المشتري في أحدهما؛ يجوز اتفاقاً. وأما إذا لم يكرّر لفظ «بعث» مع التفصيل لا يجوز قبوله في أحدهما عند أبي حنيفة، ويجوز عندهما بناءً على أنّ البيع يتكرّر بتفصيل الثمن عندهما، ويتكرر «بعث» معه عنده. كذا في «التبيين».

(فإن قام أحدهما قبل القبول؛ بطل الإيجاب) يعني: لو كانا قاعدین، فقام أحدهما، فقبل بعده؛ لا يجوز العقد؛ لأن قيامه يدلُّ على الإعراض.

فإن قلت: كان ينبغي أن يرجح صريحُ القبول على دلالة الإعراض.

قلنا: بطل الإيجاب بما يدلُّ على الإعراض، فلا يؤثّر التصريح بعده، وكذا لو كانا واقفين، فصار أحدهما، أو أكل لقميتين، فقبله؛ لا يجوز في ظاهر الرواية.

ولو كان أحدهما في أداء الفرض، فقبل بعد الفراغ منه، أو كان في ركعةٍ من التطوّع، فأضاف إليها أخرى، فقبل؛ جاز.

(ويلزم بحصولهما) أي: بحصول الإيجاب والقبول.

(ونلغي خيار المجلس) أراد به: غير خيار الرؤية والعيب بقرينة قوله: «في المجلس»؛ لأنّهما غير مقيدين به. وقال الشافعي: لكلٍّ من المتعاقدين خيارٌ الفسخ ما دام في مجلسهما، وليس للمشتري أن يأكله إن كان طعاماً قبل التفرّق، أو قطع الخيار. من «الحقائق». لقوله صلى الله عليه وسلم: «المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا»¹.

ولنا: قوله صلى الله عليه وسلم: «لا إضرار في الإسلام»²، وفي إثبات الخيار لأحدهما إضرارٌ للآخر، فلا يثبت، والخيار فيما رواه محمودٌ على خيار القبول، وتفرّقتهما محمودٌ على التفرّق بالأقوال؛ لما جاء في روايةٍ عن النبي صلى الله عليه وسلم: «المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا عن بيعهما»³.

(ويكتفى بالإشارة في الأعراض)؛ لأن جهالة مقدارها لا يفضي إلى المنازعة بعد معرفتها بالإشارة، والأموال الربوية مستثناة من هذا الحكم، فإن بيع الحنطة بجنسها لا يجوز بالإشارة.

(ويشترط) في صحّة البيع (معرفة المبيع بما ينفي الجهالة)؛ لأن المعاملات شرعت لقطع المنازعات، وجهالة قدره ووصفه تُفضي⁴ إلى المنازعة.

وفي «القنية»: هذا فيما يحتاج إلى التسليم، وأما فيما لا يحتاج إليه، كما إذا أقرّ أنّ لفلان متاعاً عنده، فاشتره منه، ولم يعرف مقداراً؛ جاز.

(وقدر الثمن ووصفه) من جهة الجودة والرداءة؛ لأن تسليم الثمن واجبٌ في العقد، فجهالته يفضي إلى المنازعة أيضاً (إذا كان في الدّمة) قيد به؛ لأن كلاً منهما إذا كان مشأراً إليه لا يحتاج إلى معرفته كما سبق بيانه.

(ولا نعيّن النّقدین فيه) أي: في البيع الصّحيح، (ولو عيّناً) و«لو» هنا للوصل بمعنى «إن»، يعني: وإن عيّن المتعاقدان النّقد ما هو غير مصوغٍ من الذهب والفضة. وقال الشافعي: النّقدان يتعيّنان بتعيين العاقدين، حتى لو تصارفا [85ط] وعيّن كلٌّ منهما الدراهم؛ ليس له أن يُسلّم غيرها.

ولو هلكت قبل التسليم، أو استحقت بعده أو قبله؛ ينتقض العقد عنده، ولا ينتقض عندنا، بل يطالبُ بتسليم مثلها.

¹ مسند الشافعي، 1/137؛ سنن أبي داود، الإجارة 51؛ سنن النسائي، البيوع 9. وأخرج بلفظ البيعان بالخيار في صحيح البخاري، البيوع 44؛ صحيح مسلم، البيوع 47.

² شرح مختصر الطحاوي للجصاص، 8/459. ولفظ لا ضرر ولا ضرار في الإسلام أخرج في المعجم الأوسط للطبراني، 5/238. وبغير لفظ في الإسلام أخرج في الموطأ لمالك، الأفضية 31؛ سنن ابن ماجه، الأحكام 17.

³ لم نجد بهذا اللفظ إلا في مجمع الأنهر لشيخه زاده، 2/7.

⁴ د: يفضي.

قَيَّدَ بالنقدين؛ لأن ما هو مصوغٌ منهما كإِنَاءٍ يَتَعَيَّنُ بالتعيين اتفاقاً، وغيرُهُما من المثليات يَتَعَيَّنُ بالتعيين اتفاقاً.

وقَيَّدنا البيع بالصحيح؛ لأن النقدين يتعين في الفاسد. من «المصنفى»¹.

له: إِنَّ التَّعَيَّنَ صدر من أهله مضافاً إلى محلِّه، فَيُعْتَبَرُ كما اعتبر في النقود في غير عقود المعاوضات كالموهوبة، حتى إذا هلك بطل رجوع الواهب فيها، وكذا في المغصوبة، حتى² إذا أراد الغاصب ردَّ مثلها مع قيام عينها لا يجوز، وكالصدقة والشركة والمضاربة والوكالة، فَإِنَّ الدراهمَ المسلمة إلى الوكيل إذا عَيَّنَها الموكِّلُ فهلكَتْ ينزعَلُ عن الوكالة، ولو هلكت بعد البيع قبل التَّسليم يفسخُ البيعُ، ولا يبقى الوكيلُ مُطالِباً بتسليم مثلها. من «الحقائق».

ولنا: إِنَّ النَقودَ أثمانٌ، والأصلُ في جانب الثمن أن يجب في الدِّمَّة؛ لأنَّها وسيلةٌ إلى الأعيان المقصودة، والتعيينُ في الثمن يُخَالِفُ ذلك، وإِنَّمَا تَعَيَّنَتْ في الهبة لعدم وجوبها في الدِّمَّة، وكذا في المغصوبة إذا قامت عينها.

(ويتعيَّنُ نقدُ الأجلِ) وهو ما يكون غالب الرواج بين النقود المختلفة (للإطلاق) أي: لإطلاق الثمن طلباً؛ لجواز البيع قدر ما أمكن. ولو باع إلى أجلٍ معيَّن، وشرط أن يعطيه المشتري أيَّ نقدٍ يروج يومئذٍ؛ كان البيعُ فاسداً.

(فإن اختلفت النقود) في البلد، وكلها في الرواج مستوية، وفي المالية مختلفة، (عُيِّنَ) يعني: لا بُدَّ من تعيينه؛ لأنَّه لو لم يَعيَّنْه يفضي إلى المنازعة المانعة من التسليم.

(ويجوز بالحال، وإلى أجلٍ معلوم) لما روي أَنَّهُ صلى الله عليه وسلم اشترى بثمنٍ مؤجَّلٍ، ورهن لأجله درعه³.

قَيَّدَ بمعلوم؛ لأن جهالة الأجل يفسد العقد.

وفي «الروضة»: لو مات البائع لا يبطل الأجل، ولو مات المشتري حلَّ المال؛ لأن فائدة التأجيل أن يتَّجر، فيؤدي الثمن من نماء المال، فإذا مات من له الأجلُ تَعَيَّنَ المتروك لقضاء الدين، فلا يفيد التأجيل.

(وللمشتري أجلٌ سنة ثانية لمنع البائع السَّلعة) أراد به: عدم قبض المشتري المبيع مجازاً؛ لكون منعه سبباً له. (سنة الأجل)

يعني: إذا اشترى بثمنٍ مؤجَّلٍ إلى سنة غير معينة، ولم يقبض المبيع حتى مضت السنة؛ فللمشتري سنةٌ أخرى بعد قبضه عند أبي حنيفة. وقالوا: ليس له ذلك؛ لأن الأجل من وقت العقد يتَّم، ولا أجلٌ له غيرها، فصار كما لو قال: إلى رمضان.

وله: إِنَّ التَّأجيلَ لترفيه المشتري بتأخير المطالبة عنه، ولا مطالبة قبل قبض المبيع، فيعتبرُ الأجلُ فيه، بخلاف التأجيل إلى رمضان؛ لأنَّه معيَّن، وقد جاءه.

(ويجوز بيعُ الحبوب) بعضها ببعض (المتنوعة) أي: مختلفة الجنس (جُزأفاً) وهو فارسيٌّ مُعَرَّب، أي: كُزأفاً، وهو البيعُ بالحدس

بلا كيلٍ ووزنٍ، (وكيلاً) لقوله صلى الله عليه وسلم: «إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم»⁴.

قيد بالتنوع؛ لأنَّها لو كانت متَّحدة الجنس لا يجوز بيعُها جزأفاً إلا أن تكون قليلةً، وهي ما دون نصف صاع، فيجوز جُزأفاً.

(وبإيناءٍ وحجرٍ مجهولي المقدار)؛ لأن هذه الجهالة غيرُ مانعةٍ من التَّسليم، وهلاكُهما قبله نادرٌ، فلا يُعْتَبَر.

قيل: هذا إذا لم يَحْتَمِلِ الحجرُ التفتُّت، والإيناءُ الزيادة، أما إذا احتملاهما لا يجوز.

(وبيعُ صبرةٍ طعامٍ كلِّ قَفِيرٍ بكذا) بجر «كلِّ» بدل عن «صبرة»، وبرفعها حال عن فاعل البيع، أي: قائلاً: كلِّ قَفِيرٍ بكذا.

(مجهول المجموع) صفةٌ للطعام، (صحيح في فردٍ) أي: في قَفِيرٍ واحدٍ عند أبي حنيفة؛ لأن ما سَمَّاه. وهو القَفِيرُ الواحد. معلومُ القدر والثمن، فيجوز البيعُ فيه، وما وراءه مجهولُ القدر والثمن، فلا يجوز فيه. (وللمشتري الخيار) عنده، (وأجازاه في الكلِّ) أي: في جميع القفران؛ لأن إزالة هذه الجهالة بيدهما بالكيل، فلا تكون مانعةً من صحَّة العقد، كما إذا باع أحدَ العبدَيْنِ على أَنَّهُ بالخيار في تعيين أحدهما.

قَيَّدَ بقوله: «مجهول المجموع»؛ لأنَّه لو كان معلوماً في المجلس بتسمية جملة القفران أو بكليهما؛ جاز في الكلِّ اتفاقاً؛ لأن

الإعلام فيه كالإعلام في نفس العقد.

1 د - وقيدنا البيع.

2 ح - حتى.

3 صحيح البخاري، البيوع 88؛ سنن النسائي، البيوع 58.

4 صحيح مسلم، المساقات 81؛ سنن أبي داود البيوع 12 بمعناه. وقال الزيلعي في نصب الراية 4/4 غريب بهذا اللفظ.

أطلق قوله: «وللمشتري الخيار»، ولم يقل: وللمشتري الخيار في ذلك الفرد؛ لأن الخيار ثابت له عنده، سواء سُمِّي جملة القفران أو لم يُسمَّها.

أمَّا في تسميتها في المجلس؛ فالأثر الثمن كان مجهول المقدار في ابتداء بيع الصبرة، وكان يحتمل أن يكون الثمن في ظنه أقل من الذي ظهَرَ، فلما انكشف الحال بتسميته ثبت له الخيار.

وأما في عدم تسميتها؛ فالأثر الصَّفقة تفرقت على المشتري؛ لأنه اشترى صبرة، وانعقد البيع في قفيز.

(وفاسد في صبرتين من جنسين) وهو معطوف على قوله: «صحيح» على معنى: البيع فاسدٌ، يعني: إذا باع صبرتي حنطة وشعير مثلاً كل قفيز بدرهم، ومجموعهما مجهول؛ فالبيع فاسدٌ فيهما عند أبي حنيفة، وجائز عندهما.

(وفي قطع) وهو معطوف على «صبرتين»، يعني: البيع فاسدٌ عند أبي حنيفة إذا باع قطع غنم كل شاة بدرهم، ومجموعهما مجهول، وقالوا: صحيح.

لهما في المسألتين: ما مرَّ من الدليل.

وله: إن جهالة المبيع مانعة، وإنما لم يصحَّ البيع في المسألة الأولى في قفيزٍ واحدٍ؛ لتفاوت الصبرتين، وفي الثانية في شاةٍ واحدةٍ؛ [و86] لتفاوت أفراد الشياه¹.

(وثوب) معطوف على «صبرتين». (مذارة) يعني: إذا باع ثوبًا بشرط الذرع كل ذراع بدرهم، ولم يبيِّن جملة الذرعان ولا جملة الثمن؛ فالبيع فاسدٌ عند أبي حنيفة للجهالة، ولا يصحُّ في ذراعٍ واحدٍ؛ للتفاوت بين أفراد المذروع. وقالوا: صحيحٌ لِمَا مرَّ من دليلهما.

قيدنا موضع الخلاف بقيدتين؛ لأنه لو بيَّن جملة الذرعان ولم يبيِّن جملة الثمن، كما إذا قال: بعث هذا الثوب وهو عشرة أذرع كل ذراع بدرهم، أو بيَّن جملة الثمن ولم يبيِّن جملة² الذرعان، كما إذا قال: بعث هذا الثوب بعشرة دراهم كل ذراع بدرهم؛ فالبيع جائز اتفاقاً؛ لأنه ببيان جملة الذرعان صار الثمن معلومًا، وبيان جملة الثمن صار جملة الذرعان معلومةً. كذا في «الجامع الصغير» لقاضي خان.

(وعشرة أذرع) معطوف على «صبرتين»، يعني: البيع فاسدٌ في بيع عشرة أذرع (من مائة) ذراع (من دارٍ بمائة) عند أبي حنيفة، وقالوا: يجوز.

قوله: «بمائة» متعلق بـ«بيع» مقدر مضاف إلى «عشرة».

لهما: إن عشرة أذرع من مائة ذراع عشرها، فصار كما لو اشترى عشرها.

وله: إن الذراع هنا استعير للمذروع، وهو موضع معيَّن، لكنَّه مجهولٌ في أنه من أيِّ موضع من الدار³، فيفسدُ، كما لو قال: بعث منك أحد هذين العبدين، بخلاف عشر الدار؛ لأنه اسمٌ للشائع، لا للجزء المعيَّن.

قيل: قوله: «من مائة» قيدٌ للخلاف، حتى لو لم يقله يفسد البيع اتفاقاً، فيصير بمنزلة ما لو باع سهمًا من الدار، لكنَّ الأصحَّ: أنه قيدٌ اتفاقيٌّ، والبيع جائزٌ عندهما وإن لم يقل: من مائة؛ لأن هذه الجهالة لا يُفرضي إلى المنازعة، فإنه يمكن أن يُذرع جميع الدار، ويعرف أن المبيع عشره أو خمسه. وأمَّا إذا قال: سهمًا، ولم يقل: من كذا؛ فجهالته لا تُرفع؛ لأن سهمًا يكون من سهمين نصفًا، ومن عشرة عُشرًا. كذا في «الكفاية».

(ولو كانت أسهمًا جاز) يعني: لو باع عشرة أسهمٍ من مائة سهمٍ من دارٍ جاز اتفاقاً؛ لأن السهم اسمٌ للشائع الغير المعيَّن، فكان صاحب عشرة أسهمٍ شريكًا لصاحب تسعين سهمًا، فأخذها من أيِّ موضع كان من الدار، فلا يؤدي إلى المنازعة.

(ولو قابل الثمن بجملة القفران) بأن قال: هذه الصبرة مائة قفيزٍ بعثها بمائة درهم، **(فنفقت)** الصبرة من مائة حين كيلت **(تخيّر)** المشتري **(في أخذها بالحصة)** إن شاء أخذ ما وجد من الصبرة بحصته من المائة؛ لأن القفران هو المعقود عليه، ونقصان بعضها لا يضرُّ، فينقسم عليها الثمن، **(أو الفسخ)** عطفٌ على «أخذها»، يعني: إن شاء فسخ البيع لتفرُّق الصَّفقة؛ لأنه إنَّما رضي بالتخيّر؛ لأن تسلمَ جملةً لها، فإذا لم تسلمَ يتخيَّر. **(فإن زادت)** الصبرة عن مقدار ما سمَّاه **(ردَّ الزائد)**؛ لأن القدر الزائد على المائة غير معقود عليه.

¹ د: الشاة.

² ح — جملة.

³ ح: النار.

(أو بجملة ثوب أو أرض) يعني: لو قال: هذا الثوب أو هذه الأرض مائة ذراع بعثها بمائة درهم، (فنقصت) عن الذرع المسمى (تخييراً¹ في أخذها بالكل أو تركها) يعني: إن شاء المشتري أخذ الأذرع الموجودة بكل الثمن، وإن شاء تركها؛ لأن الذرع في المذروع وصف له، ولهذا يزداد قيمة الثوب بزيادة الذرع، وتقص بنقصانه، والثمن لا يقابل الوصف، فيتخير لفوات الوصف.

(فإن زادت لم يرد) يعني: إذا وجد المذروع أكثر مما سمي؛ فهو للمشتري بلا شيء؛ لأن الوصف لا يقابله الثمن، ولا خيار للبائع، كما إذا باع معيماً، فوجده المشتري سليماً. (أو بجملتها) يعني: لو قاتل الثمن بجملة الذرعان بأن باع مائة ذراع بمائة درهم، (وأجزائها) بأن قال: كل ذراع بدرهم، (فنقصت) عن المسمى (تخييراً² في الحصاة أو الترك) يعني: المشتري إن شاء أخذ الموجود بحصته من الثمن، وإن شاء ترك؛ لأن الذرع وإن كان وصفاً. كما مر. إلا أنه أصل من وجه؛ لأنه عين منتفع به بانفراده، فلما انفرد³ هنا وقوبل بالثمن اعتبر جهة كونه أصلاً، فانقسم الثمن عليها.

(أو زادت) الذرعان من المسمى، (ففي أخذ الجميع) أي: في اختيار⁴ في أخذ الجميع (على وفق الأجزاء أو الفسخ) يعني: إن شاء المشتري أخذ الجميع على وفق الأجزاء، يعني: كل ذراع بدرهم، وإن شاء فسح؛ لأن الزائد لم يحصل للمشتري مجاًناً، وإلزامه عليه بدون التزامه غير صحيح، فيتخييراً.

(فصل) فيما يدخل في البيع تبعاً وبيع الثمار

(يدخل في بيع الدار بناؤها)؛ لأن البناء ثابت فيها ثبوت قرار، فيتبعها، (ومفاتيحها تبعاً)؛ لأن الانتفاع بالدار إنما يحصل بالمفاتيح، أراد بها: مفاتيح الأغلاق المتصلة بالباب؛ لأنها لو كانت منفصلة لا يدخل الأغلاق ولا مفاتيحها، وكذا السُّلم والسرير إن كان متصلاً به يدخل وإن كان من خشب، وإن لم يتصل لا يدخل. كذا في «الكافي». وذكر في «التبيين»: هذا في عرفهم، وفي عرف أهل مصر ينبغي أن يدخل السُّلم وإن كان منفصلاً؛ لأن بيوتهم طبقات لا ينتفع بها بدونها.

فإن قلت: طريق الدار لم يدخل في بيعها مع أن انتفاعها إنما يحصل بالطريق؟

قلت: شري الدار بدون الطريق قد يكون [86ظ] مقصوداً لأخذ الشفعة بها، بخلاف إجارة الدار حيث يدخل الطريق فيها بدون ذكرها؛ لأن مقصود المستأجر ليس إلا الانتفاع.

(وفي الأرض الشجر) أي: يدخل في بيع الأرض الشجر؛ لأنه يشبه بناء الدار في القرار، وليس لقراره حد معلوم. وقيل: لا يدخل شجر صغير؛ لأنه يُنقل، وشجر غير مثمر؛ لأنه يُقطع⁵ للحطب.

(لا الزرع إلا بالتسمية) أي: لا يدخل في بيع الأرض الزرع بدون ذكره؛ لأنه كالمتاع الموضوع فيها، بخلاف الحمل حيث يدخل في بيع الأم وإن اتصل للفصل⁶؛ لأنه جزؤها ومن جنسها، فصار تبعاً لها.

وفي «شرح القدوري»: الزرع إنما لا يدخل إذا لم ينبت بعد، أو نبت وصار له قيمة، وأما⁷ إذا نبت ولم يصير له قيمة؛ يدخل في الأصح.

(ولو أطلق شراء نخلة) أي: لم يعين بأن شراها للقطع أو للقرار (يملكه عينها) أي: يملك أبو يوسف المشتري عين النخلة (لا غير) أي: لا يملكه أرضها؛ لأنها أصل، والنخلة تبع لها، ولو دخلت الأرض في بيعها استلزم كون الأصل تبعاً.

(وأدخل) محمداً (أرضها) أي: أرض النخلة في شرائها بمقدار غلظها؛ لأن الشجر اسم للمستقر، ولا قرار بدون الأرض، فيدخل، كما لو أقر بالشجرة لفلان يدخل أرضها، وكما لو اقتسمها.

وفي «الغاية»: لفظ البتراء أهل الحجاز يمدونه، وأهل نجد يقصرونه.

1 د: يخير.

2 د: تختير.

3 د: أفرد.

4 د: فيخير.

5 د: يقلع.

6 د: للفضل.

7 د: أما.

قَيَّدَ بِإِطْلَاقِ «شِرَاءٍ»¹؛ لِأَنَّهُ لَوْ اشْتَرَاهَا لِلْقَطْعِ لَا تَدْخُلُ² الْأَرْضُ اتِّفَاقًا، وَإِنْ اشْتَرَاهَا لِلْقَرَارِ دَخَلَتْ مَا تَحْتَ الشَّجَرَةِ مِنَ الْأَرْضِ بِقَدْرِ غَلْظِهَا دُونَ مَا يَنْتَهِي إِلَيْهِ الْعُرْوُ اتِّفَاقًا.

(وهو المختار) يعني: قولُ محمدٍ رَوِيَّةٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ، وَمَخْتَارٌ.

وَفِي «التَّبْيِينِ»: لَوْ بَاعَ غَلَامًا يَدْخُلُ ثَوْبَهُ لِلْبَدَلَةِ عَرَفًا، ثُمَّ الْبَائِعُ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ أَعْطَى ثَوْبَهُ الَّذِي عَلَيْهِ، وَإِنْ شَاءَ أَعْطَى غَيْرَهُ؛ لِأَنَّ الدَّخَلَ بِحُكْمِ الْغُرْفِ كَسَوْءِ مِثْلِهِ لَا عَيْنَهُ، وَلَوْ اسْتَحَقَّ ثَوْبَهُ لَا يَرْجِعُ عَلَى الْبَائِعِ بِشَيْءٍ؛ إِذْ لَمْ يَكُنْ لَهُ حِصَّةٌ مِنَ الثَّمَنِ. وَإِكَاْفُ الْحِمَارِ يَدْخُلُ لِلْعَرَفِ، وَفَصِيلُ النَّاقَةِ إِنْ ذَهَبَ مَعَ أُمِّهِ يَدْخُلُ، وَإِلَّا فَلَا.

(ولو باع نصيبه من دارٍ، فعلمُ العاقدين) بمقداره (شرطٌ) عند أبي حنيفة؛ لِأَنَّ الْجِهَالَةَ مَانِعَةٌ مِنَ الْجَوَازِ. (ويجيزه) أي: أبو يوسف البيع (مطلقًا) أي: سواءً عَلِمَاهُ أَوْ لَمْ يَعْلَمَاهُ؛ لِأَنَّ هَذِهِ الْجِهَالَةَ لَا يَفِضِي إِلَى الْمَنَازَعَةِ لِرِضَائِهِمَا بِذَلِكَ. (وشرط) محمدٌ (علمُ المشتري وحده)؛ لِأَنَّ الْمَبِيعَ يَصِيرُ لَهُ، فَيَشْتَرِطُ عَلَيْهِ.

(وهذان) القولان (روايتان) عن أبي حنيفة، ذَكَرَ الْمَصْتَفَى فِي «شَرْحِهِ»: أَنَّ إِثْبَاتَ الرَّوَاتِبِينَ مِنَ الرَّوَاتِبِ، فَلَعَلَّهُ سَهْوٌ مِنْهُ؛ لِأَنَّهَا مَذْكُورَتَانِ صَرِيحًا فِي «الْمَنْظُومَةِ».

(وشرأ الدار بفنائها) وهو سعةٌ أمام الدار (فاسدٌ) عند أبي حنيفة؛ لِأَنَّ الْفَنَاءَ مَجْهُولُ الْمَقْدَارِ. (ويجيزه) أبو يوسف؛ لِأَنَّهُ يَرَادُ بِهِ حَقُّ الْمُرُورِ، فَصَارَ كَذِكْرِ طَرِيقِهَا.

(وأجزناه) أي: بيع الدار (بطريقها)؛ لِأَنَّهُ يَرَادُ بِهِ مَا هُوَ الْمَسْتَحَقُّ لِلْمَالِكِ مِنَ الطَّرِيقِ. وَقَالَ زُفَرٌ: لَا يَجُوزُ؛ لِأَنَّهُ حَقُّ الْعَامَّةِ. (ولو اشترى أرضًا بشجرها، فأثمرت قبل قبضها وقيمتها) أي: قِيمَةُ الْأَرْضِ وَالشَّجَرِ وَالثَّمَرِ (سواءً) مِثْلًا: إِذَا كَانَ قِيمَةُ الْأَرْضِ أَلْفًا، وَالشَّجَرُ أَلْفًا، فَاشْتَرَاهُمَا بِالْفَيْنِ، فَأَثْمَرَتْ ثَمَرًا قِيمَتُهُ أَلْفٌ، (فاستهلك البائع ثمرها) قَبْلَ الْقَبْضِ (يُسْقَطُ) أَبُو يُوسُفَ عَنِ الْمَشْتَرِي (ربع الثمن)، وَهُوَ خَمْسُمِائَةٌ، (وهما ثلثه) أي: ثَلَاثُ الثَّمَنِ، وَهُوَ سِتْمِائَةٌ وَسِتَّةٌ وَسِتُونَ دِرْهَمًا وَثَلَاثًا دِرْهَمًا.

قَيَّدَ بِقَوْلِهِ: «فَأَثْمَرَتْ قَبْلَ قَبْضِهَا»؛ لِأَنَّ الثَّمَرَ لَوْ كَانَ مَوْجُودًا وَقَتَ الْعَقْدِ وَشَرَاهُ لِلْمَشْتَرِي؛ يَنْقَسِمُ الثَّمَرُ أَثْلَاثًا اتِّفَاقًا.

وَقَيَّدَ بِاسْتِهْلَاكِ الْبَائِعِ؛ لِأَنَّ الثَّمَرَ لَوْ هَلَكَ لَا يَسْقَطُ مِنَ الثَّمَنِ شَيْءٌ اتِّفَاقًا.

لَهُ: إِنَّ الثَّمَرَ مَتَوَلِّدٌ مِنَ الشَّجَرِ حَقِيقَةً، حَتَّى لَوْ كَانَ الشَّجَرُ لِرَجُلٍ، وَالْأَرْضُ لِآخَرَ؛ فَالْثَّمَرُ لِصَاحِبِ الشَّجَرِ، فَيُقَسَّمُ الثَّمَرُ أَوَّلًا عَلَى الْأَرْضِ، وَالشَّجَرُ نِصْفَيْنِ، ثُمَّ يُقَسَّمُ النِّصْفُ الَّذِي أَصَابَ الشَّجَرَ عَلَيْهِ وَعَلَى الثَّمَرِ نِصْفَيْنِ، فَيَكُونُ حِصَّةُ الثَّمَرِ مِنَ الثَّمَنِ رِبْعًا، فَيَسْقَطُ.

(ولهما: إنَّ الثمر تبعٌ للأرض والشجر جميعًا لاستحالة تولده من أحدهما وحده، فيقسم الثمر على الأرض والشجر والثمر، فيصيب للثمر ثلث الثمن، فيسقط.

(أو ثمرتين) يعني: فِي الصُّورَةِ السَّابِقَةِ لَوْ أَثْمَرَ الشَّجَرُ ثَمَرَيْنِ قِيمَتُهُمَا أَلْفَانِ (فثلثه) أي: فَيُسْقَطُ أَبُو يُوسُفَ ثَلَاثُ الثَّمَنِ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا انْقَسَمَ الثَّمَرُ عَلَى الْأَرْضِ وَالشَّجَرِ، فَمَا أَصَابَ الشَّجَرَ - وَهُوَ أَلْفٌ - انْقَسَمَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ ثَمَرَتِهِ أَثْلَاثًا، فَيَسْقَطُ ثَلَاثًا، وَثَلَاثُ النِّصْفِ ثَلَاثُ الْكَلْبِ. (وهما نصفه)؛ لِأَنَّ الثَّمَرَ - وَهُوَ أَلْفَانِ - انْقَسَمَ عَلَى الْأَرْضِ وَالشَّجَرِ وَالثَّمَرَيْنِ سَوَاءً، فَمَا أَصَابَ الثَّمَرَيْنِ - وَهُوَ رِبْعَانِ - يَكُونُ نِصْفًا، فَيَسْقَطُ نِصْفُ الثَّمَنِ.

(ولا تدخل الثمرة) فِي بَيْعِ الشَّجَرَةِ (إلا بالاشتراط) أي: بِاشْتِرَاطِ الْمَشْتَرِي أَنْ يَكُونَ الثَّمَرَةُ لَهُ؛ لِقَوْلِهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «مَنْ بَاعَ نَخْلًا فِيهَا تَمْرَةٌ؛ فَالْثَّمَرَةُ لِلْبَائِعِ إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ الْمُبْتَاعُ»⁴، وَالرُّودُ وَوَرْقُ التُّوتِ وَالْأَسُّ وَنَحْوُهَا كَالثَّمَارِ.

(ونوجب التسليم بقطعها) أي: تَسْلِيمَ الْبَائِعِ الشَّجَرَ بِقَطْعِ ثَمَرَتِهَا. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا يَجِبُ، بَلْ لِلْمَشْتَرِي إِبْقَاؤُهَا إِلَى أَوَانِ الْقَطَافِ اعْتِبَارًا لِلْعَرَفِ، كَمَا إِذَا انْقَضَتْ مَدَّةُ الْإِجَارَةِ فِي الْأَرْضِ زَرْعٌ لَمْ يُسْتَحْصَدْ.

(ولنا: إنَّ المشتري ما رضي باختلاط ملكه بملك البائع، فوجب تفريقه وتسليمه ابتداءً بحكم العقد، ولا كذلك الإجارة، فإنَّ المؤجر كان راضيًا باختلاطه أولًا، فأمكن إبقاؤه بعد المدَّة؛ لِأَنَّهُ أَسْهَلُ [87] مِنَ الْإِبْتِدَاءِ.

1 ح: الشراء.

2 ح: يدخل.

3 ح: يدخل.

4 صحيح البخاري، البيوع 90؛ صحيح مسلم، البيوع 77.

(ونجيز شراء غير المدرك) من الثمر بعد ظهوره (مطلقاً) أي: سواء ظهر صلاحه لتناول بني آدم وعلف دوابهم أو لم يظهر، وسواء شُرط به القطع أو لم يُشرط. (كالمدرک). وقال الشافعي: يجوز بيعه قبل ظهور الصلاح إذا شرط فيه القطع؛ لأن الثمار معرضة للافات، فلا يعتمد بالقدرة على التسليم إلى القطف، وبعد بدوه يجوز شُرط أو لم يشرط.

ولنا: إن الثمار قبل ظهور صلاحها مأل متقوم في الحال، ومنتهج به في المأل، فيجوز بيعها كالجحش، والظاهر من حال البائع الإذن في تركها على الشجر إلى حين الانتفاع بها.

(ويجب قطعها للحال) ليستفرغ ملك البائع عن ملك المشتري، (إلا أن يرضى البائع بتركها) على الشجر إلى القطف، (فيطيب) للمشتري (الفضل) أي: الرائد الحاصل فيها بسبب تركها؛ لأنه حصل بطريق مباح. وإن حصل الفضل في ذات الثمرة بغير إذن البائع؛ يتصدقه المشتري؛ لحصوله بطريق محظور.

ويُعرف مقدار الرائد بالتقويم يوم البيع، والتقويم يوم الإدراك، وما تفاوت بينهما يكون زائداً.

وإن كان قد تركها بغير إذنه بعد تناهي عظمها؛ لم يتصدق بشيء؛ لأن الثمر ما زاد من الشجر، بل تغير حاله بإنضاج الشمس. (وإن شرطه) أي: المشتري في العقد تركها على الشجر (فسد البيع)؛ لأنه شرط لا يقتضيه العقد. وإذا أطلق الشراء، ثم استأجر الشجر إلى وقت الإدراك؛ يطيّب الفضل له؛ لأن الإجارة بطلت لعدم التعارف، فلم يصلح أن تكون متضمنة للإذن، فيبقى الإذن فيها مقصوداً أصلياً، بخلاف ما إذا اشترى زرعاً، واستأجر الأرض إلى وقت الإدراك، فإن الفضل لا يطيّب؛ لأن هذه الإجارة فسدت لجهالة الأجل، والفاصلة صلحت أن تتضمن الإذن؛ لأنها موجودة بأصلها، وفسادها سرى إلى ما تضمنته¹ من الإذن.

(وأجاز شرط تركها متناهية العظم) يعني: إذا اشترى فاكهة تناهى عظمها، ولم يبق إلا النضج، وشرط تركها على الشجر، قال محمد: يجوز اعتباراً للعرف، وقال: لا يجوز؛ لأنه شرط لا يقتضيه العقد، ولأحد المتعاقدين منفعة، والمتعارف تركها بلا شرط، لا شرط تركها.

قيّد بتناهي العظم؛ لأنه لو لم يتناهى لا يجوز اتفاقاً؛ لأن الأجزاء الزائدة بعد الترك كانت معدومة حال البيع، فيكون شراء المعدوم مع الموجود، فيفسد.

وقيّد بشرط الترك؛ لأنه إذا اشتراها مطلقاً أو بشرط القطع يجوز اتفاقاً.

(ويفسد باستثناء أرتال معلومة) يعني: إذا باع ثمراً² في شجرها، أو بعد الجذاذ، واستثنى منها أرتالاً معلومة؛ لم يجز البيع؛ لأن الباقي بعد المستثنى مجهول وزناً.

قيّد بالأرتال؛ لأنه لو استثنى شجرة معينة يجوز؛ لكون الباقي معلوماً بالمشاهدة.

وما ذكر في المتن رواية الحسن عن أبي حنيفة، وأما في ظاهر الرواية؛ فالبيع صحيح؛ لأن المستثنى معلوم بالعبارة، والمبيع معلوم بالإشارة، وجهالة قدره لا يمنع الجواز، ألا يرى أن بيعه مجازفة جائز؟

(ويجوز بيع الباقي) وهو بتشديد اللام والقصر، وإذا قلت: بالاقلاء بالمدّ خففت اللام. كذا قاله الجوهري. (والحنطة في

قشره) الأخضر، الجائر والمجور حائل من «الباقي». (وسنبلها) أي: حال كون الحنطة في سنبلها؛ لأنه هو المقصود بالنسبة إلى غلافه، فلا يجوز بيع الحبة في القطن والنواة في التمر ونحوهما، فعلى البائع تخليصها من القشر، وتسليمها إلى المشتري. وقال الشافعي: لا يجوز، وكذا الجوز واللوز والفسنق. وله في بيع السنبل قولان. كذا في «الهداية». ولم يذكر المصنف قوله: إنما لا يضطرب فيه، أو لئما يذكر بعد من أن الشراء قبل الرؤية غير جائز عنده.

(ويؤذي البائع أجر الكيال) وأجر الذراع والوزان والعداد أيضاً؛ لأن تسليم المبيع واجب على البائع، وهو يتحقق بالكيل وغيره.

(وناقذ الثمن في رواية) يعني: أجره نقد الثمن على البائع في رواية عن محمد؛ لأنه هو المحتاج إلى تمييز جيده من رديته. وفي رواية أخرى عنه: إن أجرته على المشتري؛ لأن تسليم الثمن جيداً واجب عليه، وإذا إنما يُعرف بالتقيد، فيلزمه أجره.

(والمشتري) أي: ويؤذي المشتري (أجر وزانه)؛ لأنه هو المحتاج إلى تسليم الثمن، وإذا يكون بالوزن.

(ويسلمه) أي: الثمن (المشتري) إلى البائع (أولاً) ليتعين حق البائع في الثمن كما تعين حق المشتري في المبيع؛ لأن الثمن

إنما يتعين بالقبض لا بالتعيين.

1 ح: تضمنه.

2 د: تمراً.

هذا إذا كان المبيع حاضرًا، وإن كان غائبًا؛ فللمشتري أن لا يسلم الثمن حتى يُخصرَ البائع المبيع على مثال الرّاهن مع المرتهن. وكذلك يُشترطُ في التسليم أن لا يكون المبيع مشغولًا بحق غيره، حتى لو باع دارًا وسلّمها إلى المشتري، وله فيها متاع؛ لا يكون تسليمًا. كذا في «المحيط».

(وإن تقايضا سلعتين، أو ثمنين) يعني: إذا اشترى سلعةً بسلعةٍ، أو ثمنًا بثمنٍ، (سلمًا معًا) لاستوائهما في التّعيين وعدمه. (وإن وجده زيوفًا منعناه من استرداد السلعة، وحبسها عليه) [87ظ] يعني: إذا سلم المبيع، وقبض الثمن، ثم وجده زيوفًا؛ ليس له أن يستردّ المبيع ويحبسه بالثمن عندنا. وقال زفر: له ذلك؛ لأن حقّ البائع كان جياذًا، ولم يصل إليه، وقبضه الزّيوف جعل كلاً قبضه، فلا يجب عليه تسليم المبيع، وله أن ينقضه.

ولنا: إنّ الزّيوف باعتبار أصلها جنسٌ حقّه، ولهذا يجوز قبضها في ثمن الصّرف، وباعتبار وصفها غير حقّه، ولما قبض الزّيوف صار أخذًا جنسٌ حقّه باعتبار الأصل، فلا يجعل قبضه كلاً قبضه لفوات الوصف؛ لأن الأصل راجح، إلا أنّ له حقّ الردّ بعبء الزيادة. وفي «التكملة»: إذا كان الثمن مؤجلًا ليس للبائع أن يمنع المبيع حتى يقبض الثمن.

(ويفتى بردّ مثل زيوفٍ أتلّفها)، أو تلفت في نفسها، (والمطالبة بجياذٍ عند علمه) يعني: من كان له على آخر دراهم جياذًا، فاستوفى زيوفًا على طرّ أنّها جياذٌ، فأتلّفها، ثم علم أنّها زيوفٌ، قال أبو يوسف: يردّ مثل الزّيوف، ويرجع بالجياذ. وقالوا: لا يردّ.

ويقال بالزيوف؛ لأنّها لو كانت ستوقفةً أو رصاصًا يردّ اتفاقًا. ويقال بالإتلاف؛ لأنّها لو كانت قائمةً يردّها، ويستردّ الجياذ اتفاقًا. ووضع في العلم بعد القبض؛ إذ لو كان عالمًا عند القبض بصفة المستوفى يسقط حقّه عنده. من «جامع المحبوبي»¹. له: إنّ حقه من جهة الجودة لم يصل إليه، فلا يسقط طلبه، كما لا يسقط إذا نقص الأصل، إلا أنّ تضمينه متعلدّ؛ لأن قيمة الوصف ساقطة² عند المقابلة بجنسها، فيردّ عين الزّيوف إن كانت قائمةً، ومثلها إذا كانت هالكًا إحياءً لحقّه.

ولهما: إنّه استوفى دينه بقبض جنس حقّه، والوصف تابع له، فإذا نقض قبض الأصل لاسترداد الوصف؛ لزم جعل الأصل تبعًا لتبعه، وهذا قلب المعقول.

(ولم نجعله أحقّ بالمبيع إذا مات مفلسًا) يعني: من اشترى شيئًا، وقبضه، ولم ينقد الثمن حتى مات مفلسًا؛ فالبايع لا يكون أحقّ به عندنا، بل يبيعه الغرماء ويقتسمونه. وقال الشافعي: هو أحقّ ببيعه وأخذ ثمنه. قيّدنا بقبض المبيع؛ لأنّه لو لم يقبض المبيع في الصورة المذكورة؛ فالبايع أحقّ بالمبيع اتفاقًا، فمحلّ الخلاف بعد قبض المبيع، وكان على المصنّف أن يبيّن عليه.

له: إنّ الثمن أحدّ البدلين في البيع، فإذا تعدّر تسليمه ثبت حقّ البائع في المبيع، كما إذا لم يقبضه المشتري، ومات مفلسًا. ولنا: إنّ البائع بالتسليم أبطل حقه، بخلاف ما إذا لم يقبضه المشتري؛ لأن المبيع يكون محبوبًا كالرهن، والمرتهن أحقّ به من غيره.

(ونقسط الثمن على الأصل والزائد عند القبض) يعني: زوائد المبيع قبل القبض مبيعةٌ عندنا، ولهذا يملكها المشتري بواسطة تملكه على الأصل، ويُقسّم الثمن على قيمة الأصل يوم البيع وقيمة الزوائد يوم القبض، فما أصاب كلاً منهما من القسمة يكون ثمنه. وقال الشافعي: زوائد المبيع غير مبيعة، ولا قسطة لها من الثمن؛ لأنّها معدومةٌ عند البيع، ولهذا لو هلك قبل القبض لا يُسقط من الثمن شيئًا.

وهذا أصلٌ مختلفٌ فيه ترتّب³ عليه المسائل:

إحداها: قوله⁴: (فلو اشترى نخلاً بتمرٍ معلوم، فأثمرت أكثر منه قبل القبض) أي: من التمر الثمن. وثانيها: قوله: (أو ازدادت قيمة جارية قبله) يعني: لو اشترى جاريةً، فزادت قيمتها قبل القبض، (فقتلت) أي: قتلها قاتل خطأ، (فغرمت) أي: غرم القاتل قيمتها، (واختار مشتريها البيع) أي: أمضاه، (وتضمن القاتل؛ لا نُحلّ الفضل فيهما) أي: في المسألتين. وقال الشافعي: يحلّ.

¹ ح: محبوبي.

² د: ساقط.

³ ح: يترتب.

⁴ د - قوله.

(فيتصدّق به) أي: المشتري بما فضل عندنا، مثلاً: في المسألة الأولى إذا كان قيمة¹ التمر الحادث خمسة، وقيمة النخل عشرة، وكان التمر² الثمن اثني عشر قفيزاً، فإذا قُسم عليهما أثلاثاً يصيب التمر الحادث أربعة أقفزة، فيتصدّق قفيزاً عندنا؛ لأنه فضل عن التمر الثمن، فيكون رباً، وعنده: يحلّ له ذلك القفيز. وفي المسألة الثانية مثلاً: إذا كان قيمة الجارية يوم البيع ألفاً، وازدادت³ قيمتها ألفاً، وكان الثمن ألفاً، وأخذ المشتري من قاتلها ألفين؛ لا يطيب له الألف الزائدة عندنا، ويطيب عنده.

وثالثتها: قوله: (ونقسم الثمن عليها وعلى ما ولدت قبله) يعني: إذا ولدت الجارية المبيعة ولدًا⁴ قبل القبض، ثم قبضها المشتري؛ يُقسم الثمن على قيمة الجارية والولد عندنا. وقال الشافعي: لا يُقسم.

(فرد أحدهما معيًّا بالحصّة) يعني: إذا وجد بأحدهما عيباً يرده بحصّته من الثمن عندنا، (لا الأمّ بكليّه) يعني: قال الشافعي: يرث الأمّ إذا كانت معيِّبة بكلّ الثمن، ويكون الولد له بغير شيء.

ورابعها: قوله: (ونمنعه بالعب للزيادة المنفصلة بعده) يعني: إذا زاد الأصل بعد قبض المشتري زيادةً منفصلةً قائمةً متولّدةً منه كالولد ونحوه، وكالأرض والعقر، فإنّ كلّاً منهما لمّا كان بدلاً بعض المبيع جعل [88و] كالتولّد منه، ووجد المشتري في الأصل عيباً؛ لا يجوز رده عندنا، بل يرجع بحصّة العيب؛ لأنّه إن ردّ الأصل بدون الزيادة بكلّ الثمن يؤدّي إلى الربا، وإن ردها مع الزيادة لا يجوز أيضاً؛ لأنّ البيع لم يرّد على الزيادة قصداً، فلا يرّد عليها الفسخ. وقال الشافعي: يجوز أن يرده بكلّ الثمن، ويمسك الزيادة؛ لأنّ البيع لم يتناول الزيادة.

وقد ردّ بالعب؛ لأنّه لو كان بسبب فساد البيع؛ فالزيادة كيف ما كانت لا تمنع الردّ والفسخ اتفاقاً إلا إذا كانت متّصلة غير متولّدة كالصبغ، فالبايع يخيّر، إن شاء أخذه وضمن للمشتري ما زاد، وإن شاء تركه وضمنه قيمة المبيع أو مثله. وقيد الزيادة بالمنفصلة؛ لأنّها إذا كانت متّصلة بعد القبض أو قبله غير متولّدة من الأصل كالصبغ؛ تمنع الردّ اتفاقاً، وإن كانت متولّدة منه كالسمن لا تمنع الردّ اتفاقاً؛ لأنّ الفسخ في الزيادة ممكنٌ هنا تبعاً للأصل. وقيدنا المنفصلة بالقائمة؛ لأنّها إذا كانت هالكةً بأفة سماوية؛ فله الردّ بالعب اتفاقاً. وقيدناها بالتولّدة؛ لأنّها لو لم تتولّد من الأصل كالكسب؛ لا تمنع الردّ اتفاقاً. وقيد بقوله: «بعده»؛ لأنّ الزيادة المنفصلة المتولّدة قبل القبض لا تمنع الردّ عندنا، فإن شاء ردها جميعاً، أو رضيّ بهما بجميع الثمن. هذا خلاصة ما في «القنية».

(فصل) في تصرفات المبيع للوكيل بالبيع

(لا يجيز) أبو يوسف (للكيل بالبيع هبة الثمن) للمشتري بعد قبضه، (ولا الإبراء عنه) أي: إبراء المشتري عن الثمن، (ولا الحطّ منه) أي: حطّ البعض من الثمن، (ولا تأجيله) أي: جعل الثمن مؤجلاً، (ولا قبول حواله به) أي: حوالة المشتري بالثمن على من أحاله؛ لأنّ هذه تصرفات في مال الموكل مستلزمة إضراره إذا كان الوكيل مفلساً. (وقالوا: يصح ويضمن) كلّ الثمن للموكل في الحال؛ لأنّ هذه التصرفات من حقوق العاقد، فيملكها الوكيل؛ لأنّه عاقد، ويدفع ضرر الموكل بالتضمنين.

وفي «الخلاصة»: الخلاف في هبة الثمن فيما إذا أطلق الوكيل بالبيع، وقال: وهبث منك ثمن هذا المبيع، ولم يُشتر إلى الثمن المقبوض، أما إذا أشار إليه لا يجوز اتفاقاً.

وضع الخلاف في الوكيل بالبيع، وقيد الإبراء بأن يكون عن الثمن؛ لأنّ الوكيل لو كان بالشراء، وإبراء البائع عن عيب المبيع؛ يجوز اتفاقاً؛ إذ ليس فيه إضرارٌ للموكل؛ لأنّه مخيّر، إن شاء رضي بالمعيب، وإن شاء رده على الوكيل.

(ولو أقاله) أي: الوكيل بالبيع العقد (صح) قيد به؛ لأنّ الوكيل بالشراء لا يملك الإقالة اتفاقاً.

¹ ح - قيمة.

² ح: الثمر.

³ د: وازداد.

⁴ د - ولداً.

⁵ د: إن.

هذا إذا لم يقبض الثمن، فلو قبضه ثم أقال؛ لا يصح. وكذا إذا كان على الوكيل دينٌ لرجل، فأحاله على المشتري ليأخذ الثمن، ثم أقال؛ لا يصح؛ لأنه بالحوالة صار قابضاً دينه، وضامناً للموكل الثمن، وبإقالته أراد إسقاطه، فلا يعتبر. كذا في «الخلاصة».

(ولا يُسقط) أبو يوسف (الثمن عن المشتري) إذا أقاله الوكيل؛ لأنه إضرارٌ للموكل، فيبقى الثمن للموكل في ذمة المشتري، إلا أن الإقالة لما كانت عنده بيعاً صار الوكيلُ مشترياً من المشتري المبيع، فكان الوكيلُ مديوناً للمشتري مثل الثمن الأول. (وأسقطاه، والزمناه الوكيل) لِمَا مَرَّ مِنْ أَنَّهُ عَاقِدٌ، فَيَصِحُّ تَصَرُّفُهُ، فَيُضْمَنُ الثَّمَنَ لِلْمُوَكَّلِ.

(ولو وكله بشراء موصوفٍ غير عين، فاشتراه) أي: الوكيل ذلك الموصوف (من غير نية) أي: من غير أن ينوي الوكيل عند شرائه أنه له أو للموكل، (يعتبر نقده) أي: أبو يوسف نقد الثمن، فإن كان من مال الوكيل؛ فالمشتري له، وإن كان من مال الموكل؛ فللموكل. (وجعله) أي: محمداً ما اشتراه (للكيل).

قيد بقوله: «غير عين»؛ لأنه لو وكله بشراء شيء معين يكون للموكل اتفاقاً إذا كان غائباً وإن صرح بأنه اشتراه لنفسه؛ لأن فيه عزل نفسه، وهو لا يملكه في غيبة الموكل، حتى لو كان الموكل حاضراً وصرح به يكون للوكيل.

وقيد بقوله: «من غير نية»؛ لأن الوكيل والموكل لو تصادقا على وجود النية للوكيل وقت العقد يكون لمن نوى له اتفاقاً، وإن تكادبا في النية يحكم النقد اتفاقاً. كذا في «النيبين».

له: إن الأصل في تصرفات العاقد أن يكون له ما لم ينو بمباشرة غيره.

ولأبي يوسف: إن الشراء المطلق يحتمل أن يكون له وللموكل على السواء، فيحكم النقد كما يحكم عند تكاذبهما اتفاقاً اعتماداً على الظاهر.

(ولو باع متاعاً، فقبضه المشتري، ولم ينقد الثمن، فوكل البائع من يشتريه له) أي: يشتري المبيع للبائع (بأقل مما باعه) أي: بثمن يكون أقل قدرًا من الثمن الذي باع به البائع (قبل النقد) أي: نقد الثمن، (فاشتراه) الوكيل، (فهو) أي: التوكيل (صحيح) عند أبي حنيفة، فيكون المبيع للموكل. [88ط] (ويُظلم) أبو يوسف (التوكيل)، فيكون المبيع للوكيل. (وجعله للأمر) أي: جعل محمداً المبيع للموكل (بعقد فاسد) هذا يدل على أن التوكيل صحيح عنده أيضاً في هذه المسألة.

اعلم أن هذا الخلاف مبني على أصل مختلف فيه، وهو أن التوكيل بما لا يملك الموكل مباشرته كتوكيل المسلم الذمي بشراء الخمر جائز عند أبي حنيفة خلافاً لهما، سيجيء بيانه في الفصل الذي هو عقيب هذا الفصل، ومباشرة البائع بهذا الشراء لم تكن جائزة، فلم يصح توكيله عند أبي يوسف، وصح عند أبي حنيفة، وكل منهما مَرَّ على أصله، لكن محمداً فَرَّقَ بينهما، وقال: لو اشتراه الموكل بأقل مما باعه يملكه فاسداً، فكذا إذا وكل به، بخلاف التوكيل بشراء الخمر، فإن الموكل لو اشتراه لنفسه لا يملكه أصلاً، فيبطل توكيله.

قيد بتوكيل البائع؛ لأنه لو اشتراه لنفسه بأقل مما باعه لم يجز اتفاقاً.

وقيد التوكيل بالشراء بأقل مما باعه؛ لأنه لو وكله مطلقاً جاز شراؤه بأقل اتفاقاً.

وقيد بالأقل؛ لأنه لو وكله بأن يشتري بمثل الثمن الأول أو بأكثر منه جاز اتفاقاً.

وقيد بقوله: «قبل النقد»؛ لأن التوكيل المذكور لو كان بعده جاز اتفاقاً.

وقيدنا الأقل بأن يكون قدرًا؛ لأن الثاني لو كان أقل من الأول سعرًا جاز اتفاقاً. كذا في «الخلاصة».

(ونمنعه) أي: البائع (من شراء ما باعه بأقل منه) أي: من الثمن الأول (قبل نقد الثمن) سواءً اشتراه من المشتري أو وارثه أو وكيله؛ لأن كلاً منهما قائم مقام المشتري في بيع تلك العين بحكم الإرث أو الإذن. وأما إذا مات البائع، فاشترى وارثه هكذا يجوز؛ لأنه لم يرث عنه هذا الشراء، فصار كالأجنبي، ولا يجوز أيضاً لمن لا تقبل شهادته للبائع كولد زوجته وغيرهما أن يشتري ما باعه البائع هذا الشراء؛ لأن شراءهم كشرائه؛ لاتصال منافع المال بينهم عند أبي حنيفة. وقال أصحابه: يجوز لغير عبد البائع ومكاتبه؛ لأن الأملاك متباينة بينهم، بخلاف العبد والمكاتب؛ لأن كسبهما لمولاهما. وقال الشافعي: يجوز شراء ما باعه بأقل منه قبل نقد الثمن.

وفي «العيون» للإمام أبي الليث: هذا إذا لم ينتقص المبيع ببيع؛ لأنه لو انتقص فاشتراه بأقل من الأول؛ جاز اتفاقاً. ولو باع بألف نسيئة سنة، ثم اشتراه به نسيئة سنتين؛ فإنه فاسد؛ لأن الثمن الثاني في حكم الأقل قدرًا.

له: إنه عقد صدر من أهله مضافاً إلى محلّه، فيجوز، كما لو اشتراه بمثل الثمن الأول أو بأكثر.

¹ ح: يكن.

ولنا: إنَّ في هذا العقد شبهة الزَّيا، فلا يجوز، بيانه: إنَّ الثمن الأول . وهو ألف مثلاً . كان عرضية الزوال؛ لاحتمال أن يردَّ المبيع ببيعٍ، فيسقط الثمنُ، وإذا اشتراه بتسعمائة تأكَّد ذلك الألف، فصار كأنَّه اشترى المبيع ومائةً معه، فيفسد، بخلاف ما إذا اشتراه بمثله؛ لأنَّه فسخ العقد الأول معي، وبخلاف ما لو اشتراه بأكثر؛ لخلوِّه عن الشُّبهة؛ لأنَّه إذا اشتراه مثلاً بألفٍ ومائةٍ؛ يجعل الألف في مقابلة الألف، والزائد في مقابلة المبيع.

(ولو باع بدراهم منعاه من شرائه بدنانير أقلَّ قيمةً منها) أي: من الدراهم (قبل قبضها) أي: قبل¹ قبض الدراهم. وقال زفر:

يجوز .

قَيَّد «دنانير»؛ لأنَّه لو اشتراه بعرضٍ يكون قيمته أقلَّ من الثمن الأوَّل يجوز اتِّفاقاً.

وفي «المحيط»: لو تعيَّت الدراهم عند المشتري يجوز؛ لأنَّ نقصانَ الثمن يُجعلُ بإزاء الجزء الفائت، فيصير شراء الباقي بمثل ثمنه اختياراً للجواز.

له: القياسُ، وهو أنَّ جنسهما مختلفٌ، فلا يجري فيه ربا.

ولنا: إنَّهما جنسٌ واحدٌ باعتبار الثمنية وقضاء الدين، فيحرم احتياطاً.

(ولو باع) المولى (نفسَ عبده منه) أي: من العبد (بجاريةٍ معينةٍ، فهلكت قبل القبض)، أو استحَقَّها مستحقُّ قبل القبض أو

بعده، (قال) محمَّدٌ: (يرجع عليه) أي: المولى على العبد (بقيمتها، وقالوا): يرجع عليه (بقيمتها).

له: إنَّ بيعَ نفس العبد منه إعتاقٌ، والجاريةُ بدلُ العتق، فإذا عجز عن تسليمها تقوم² قيمتها مقامها كما في النكاح والخلع.

ولهما: إنَّ الجاريةُ بدلُ العبد، فإذا عجز عن تسليمها بهلاكها قبل القبض يرجعُ البائعُ عليه قيمته، كما إذا اشترى أباه بجاريةٍ،

فهلكت قبل القبض؛ يرجع البائع عليه بقيمة أبيه، لا بقيمة الجارية.

(ولو دفع أحدُ مشتريه كلَّ الثمن لغيبه الآخر) أي: المشتري الآخر (يحكم له) أي: أبو يوسف للمشتري الحاضر (بقبض

نصيبه) دون نصيب الآخر (وعدم رجوعه) ما أذاه على الآخر؛ لأنَّه لم يكن وكيلاً عنه، وقد تبرَّع بما أذاه من حصَّته، فلا يرجع عليه بشيءٍ، ولا يحبس نصيبُ الغائب من المبيع لأخذ ما أذاه من حصَّته إذا حضر، ولا يجبر البائع على قبول ما أذاه الحاضر.

(وخالفاه فيهما) يعني: قال صاحبه: يقبض كلُّ المبيع إذا دفع كلَّ الثمن، ويرجع على الغائب ما أذاه من حصَّته، وكذا يحبس

نصيبُ الغائب لأجله، ويجبرُ البائعُ على القبول؛ لأنَّ الحاضر اضطرَّ إلى دفع حصَّة الآخر ليمتكنَّ من قبض نصيبه؛ إذ كان للبائع حبسُ المبيع لقبض كلِّ الثمن، فيرجع عليه، كالوكيل بالشراء إذا أدى الثمن من ماله.

وفائدة الخلاف يظهر فيما إذا قبض الحاضر العبد؛ كان له أن يحبس نصيبَ الغائب من الغائب حتى يستوفي ما نَقَدَ عنه، ولو

حبس لا يصير غاصباً في قولهما، ويصير غاصباً في قوله. من «الحقائق».

(ولو اشترى المفلسُ عبداً) فحبسه البائع للثمن، (فأعتقه) المشتري (قبل قبضه³؛ يحكم) أبو يوسف (باستسعاء البائع إيَّاه)

أي: بأن يطلب البائعُ سعاية العبد له في قيمته، (ورجوع العبد به) أي: بما أذاه بالسعاية (على المشتري). وقالوا: لا يستسعي البائع العبد.

وَضَعَ في غير المقبوض؛ إذ في المقبوض لا يستسعيه اتِّفاقاً، بل له الثمن على المشتري. من «الحقائق»⁴.

له: إنَّ مالية العبد احتبست عند العبد، فيلزم السعاية عليه، كالعبد المرهون إذا أعتقه الراهن المعسر.

ولهما: إنَّ الضمانَ إنَّما يجب بالتَّعدي، ولا تعدي من العبد، فلا ضمانَ عليه، وأما حقُّ المرتهن في المرهون أقوى من حقِّ

البائع، ولهذا لا يبطل حَقُّه فيه إذا أعاره الراهن، ويبطل حقُّ البائع في المحبوس عنده إذا أعاره المشتري.

¹ د - قبل.

² د: يقوم.

³ د - قبل قبضه.

⁴ د - وضع في غير.

(ولو أمر عبدٌ قد أقرَّ بالرقِّ رجلاً بشرائه) يعني: إذا قال له: اشتري فياني عبدٌ لهذا البائع، فاشتره، (فدفع الثمن، وغاب البائع) بحيث لا يُعرف موضعه، (فظهر¹ حرًّا؛ يمنعه) أي: أبو يوسف المشتري (من الرجوع على العبد بشيء، وقالوا: يرجع عليه به) أي: المشتري على العبد بالثمن، (ثم هو) أي: ثم يرجع العبد (على بائعه إن ظفر به).

ويُقدَّر بالأمر والإقرار؛ لأنَّه لو أمر بالشراء ولم يقَرَّ، أو أقرَّ ولم يأمر؛ لا يرجع على العبد اتفاقًا. كذا قاله التمرتاشي.

ويُقدَّر بغيوبة البائع؛ لأنَّه لو كان حاضرًا يرجع عليه بالثمن، ولا شيء على العبد اتفاقًا.

ويُقدَّرنا بجهالة موضع البائع؛ لأنَّه لو كان معلومًا كان في حكم الحاضر.

له: إن العبد لم يوجد منه سبب الرجوع من الكفالة وغيرها، فلا يرجع عليه، كما لو قال العبد: ارتهني فياني عبده.

ولهما: إنَّ البيع معاوضةٌ، وهي تقتضي سلامة العوضين، والمشتري إنَّما أقدم على الشراء معتمدًا على كلام العبد، فلما اغترَّ من جهته؛ جعل العبد ضامنًا بالثمن عند تعذر استيفائه من البائع دفعًا للضرر عنه بقدر الإمكان، ولهذا قالوا: إذا قال البائع للمشتري: قيمة متاعي كذا، فاشترى بناءً على ذلك، ثم ظهر خلافه؛ فله الرُّدُّ بحكم التَّغْيِيرِ، وهذا هو الصحيح، وكان صدرُ الإسلام يفتي به. كذا في «النهاية» و«التبيين». بخلاف الرهن؛ لأنَّه ليس بعقد معاوضةٍ، ولم يجعل العبد بإقراره ضامنًا بسلامة العوض.

ثم إذا ضمَّ العبدُ يرجع على البائع؛ لأنَّه قضى دينًا عليه وهو مضطرٌّ فيه، كمعير الرهن إذا قضى الدين لتخليص الرهن يرجع على الراهن.

فإن قلت: كيف يُصوَّرُ هذه المسألة على قول أبي حنيفة، فإنَّ الدعوى شرطٌ عنده لقبول الشهادة بالحرية، والتناقض من العبد يمنع صحة دعواه؟

قلنا: التناقض معفوٌّ عنه؛ لأنَّ المولى قد يستبدُّ بالعق، ويخفي الحال على العبد، فيقرُّ بأنَّه رقٌّ، ثم إذا علم عتقه فادَّعاه يُسمع دعواه، كالمختلعة إذا أقامت بينة أنَّ زوجها طلقها ثلاثًا يسمع دعواها. كذا في «الخانية».

(فصل في الاستبراء وما يتبعه)

(يستحبُّ لبائع أمته) يعني: لمن يريد بيع أمته الموطوءة (أن يستبرئها) وهو طلبُ براءة الرحم بحيضةٍ بترك الوطء، (ولم يوجدوه) أي: استبراء البائع. وقال مالكٌ: يجب لاحتمال أن تكون حُبلى منه.

ولنا: إنَّ ملكَ البائع قائمٌ، وهو يقتضي جوازَ وطئها، وأما المشتري؛ فإنَّما لزمه الاستبراء؛ لأنَّ ملكه حادثٌ، والشرع لم يجوز فيه الوطء إلا بعد فراغ رحمها، وهو بالاستبراء، وما ذكره² من الصيانة يحصلُ باستبراء المشتري.

(وهو واجبٌ عليه إذا تقايلاً قبل القبض) يعني: إذا باع جاريةً بيعًا بائنًا، ثم تقايلاً قبل القبض؛ فعلى البائع استبراء عند أبي حنيفة خلافًا لهما.

ويُقدَّر بقوله: «إذا تقايلاً» إشارةً إلى أنَّ الخلافَ فيما إذا باع الجاريةً بيعًا بائنًا؛ لأنَّ البائع لو باع بالخيار لا يجب الاستبراء اتفاقًا. ويُقدَّر بقوله: «قبل القبض»؛ لأنَّهما إذا تقايلاً بعده يجب اتفاقًا. كذا في «الخانية».

لهما: إنَّ الإقالة فسخٌ من الأصل، فصارت كأنَّ لم تزل عن ملكه، فلا يجب عليه الاستبراء.

وله: إنَّها فسخٌ في حقِّ المتعاقدين، وبيعٌ جديدٌ في حقِّ ثالثٍ، والجاريةُ ثالثتهما، فثبت فيها شبهةٌ تجددِ الملك، فيجب الاستبراء احتياطًا.

(ونفينا عنه) أي: الاستبراء عن المولى (لزناها) أي: لزنا أمته. وقال زفر: يجب عليه الاستبراء؛ لورود النهي عن سقي أحدٍ بمائه زرعٍ غيره.

ولنا: إنَّ ماءَ الزاني غيرٌ محترَّم، فلم يعتبره الشرعُ زرعًا لانقطاع النسب، فلا يكون ساقيًا بالوطء.

(وأجزنا له وطء مرتفعة الحيض لا لإياسٍ قبل حولين) يعني: من اشترى جاريةً، فارتفع حيضُها من غير أن تكون آيسةً من الحيض؛ جاز وطئها عندنا قبل أن يمضي حولان عليها، وحُدُّ كونها آيسةً: أن تبلغَ خمسًا وخمسين سنةً. وقال زفر: لا يجوز؛ لأنَّ الولد لا يبقى في البطن أكثر من حولين، فلا يجوز قبل مضيَّهما؛ لاحتمال الحمل، ويجوز بعده؛ لظهور الخلوِّ عنه.

¹ ح: وظهر.

² ح: ذكر.

(فَعَيْنَ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعِشْرًا فِي رِوَايَةٍ) يعني: روي عن محمد أنه قال: ينتظر لها أربعة أشهر وعشراً؛ لأنها مدَّة فراغ رحم الحرَّة المتوفى عنها زوجها. (ونصفها في أخرى) يعني: في رواية أخرى عنه أنه قال: ينتظر شهرين وخمسة أيام؛ لأن بها يعرف فراغ رحم الأمة المتوفى عنها زوجها. (وهما: ثلاثة أشهر)؛ لأنها عدَّة الأيسة والصغيرة. (والتقدير بالحوالين رواية) عن أبي حنيفة. (ومشترها من مأذونه) يعني: من اشترى جارية من عبده المأذون له في التجارة، (المديون) بدينٍ مستغرقٍ لرقبته، (وقد حاضت عنده) أي: عند العبد، (يستبرئها بعد قبضها) عند أبي حنيفة، وقال: يكتب¹ بحيضتها عند العبد ولا يستبرئها. قيَّد بالمديون؛ لأنه لو لم يكن مديوناً لا يجب الاستبراء اتفاقاً. وقيَّد بقوله: «حاضت عنده»؛ لأنها لو لم تحض يجب الاستبراء اتفاقاً، وهذا بناءً على أن الدينَ المستغرق للمأذون يمنع ملك المولى في أكسابه عنده، ولا يمنع عندهما، سيجيء بيانه.

(ولو اشترى مكاتب أخته، فحاضت) عنده، (ثم عجز، فزُد) المكاتب إلى الرق، (فعلى المولى استبراؤها) عند أبي حنيفة خلافاً لهما.

قيَّد بالأخت إشارةً إلى أن كلَّ من له قرابةً متوسطةً كذلك، واحترازاً عن كلِّ من لها قرابةً قريبةً كالولاد، حتى لو اشترى المكاتب أمه وإن علت، أو ابنته وإن سفلت، فحاضت عنده؛ لا يستبرئها المولى اتفاقاً، وهذا الخلاف مبنيٌّ على أن القرابة المتوسطة للمكاتب إذا اشترها تصير² مكاتباً لمولاه عندهما، والمكاتب إذا عجزت لا يجب على المولى استبراؤها، ولا تصير مكاتباً عنده، وصارت كالأجنبية للمكاتب، فإذا عجز وزُد إلى الرق؛ حدث الملك فيها للمولى، فيجب عليه الاستبراء. وفي «الحقائق»: لو اشترى محارمه من الرضاع يجب الاستبراء اتفاقاً؛ لعدم تكاتبهنَّ عليه.

(ويكتفي بحيضها في يد البائع) يعني: من اشترى جاريةً، فحاضت في يد البائع قبل قبضها، قال أبو يوسف: يكتفي بتلك الحيضة؛ لأن براءة رحمها عرفت بها. وقال: يجب عليه استبراؤها بعد القبض؛ لأن ملك المشتري قبله كان على شرف الزوال، وإنما تأكَّد بالقبض، فيعتبر حيضها³ بعده.

وعلى هذا الخلاف إذا اشترى جاريةً من امرأةٍ أو من بائعٍ حرم عليه وطؤها، أو جاريةً بكرًا. (وأكساب المبيعة التي ماتت قبل القبض للمشتري) يعني: من باع أمةً بيعاً صحيحاً، فاكسبت أكساباً، فهلكت عنده؛ فالأكساب للمشتري عند أبي حنيفة، وكذا إذا باع عبداً. (وقال: للبائع)؛ لأن البيع لَمَّا انتقض بهلاك المبيع جعل كأن لم يكن، فبين أن الكسب على ملك البائع.

وله: إنَّ المبيع كان للمشتري، فأكسابه تكون له، والانتقاض ورد على محلِّ العقد، لا في أكسابه. قيَّدنا بالبيع الصحيح؛ لأن أكساب المبيع بالبيع الفاسد للبائع اتفاقاً إذا ردَّ المشتري المبيع. قيَّد بالأكساب؛ لأن زوائدها المتصلة والمنفصلة للبائع اتفاقاً. وقيَّد بالمبيعة؛ لأن أكساب الموهوبة الحاصلة في يد الموهوب له لا يكون للواهب اتفاقاً، وأكساب المغصوب إن ضمن الغاصب للغاصب اتفاقاً.

وقيَّد بالتي ماتت؛ لأنها لو لم تمت وتمَّ العقد بالتسليم؛ فللمشتري اتفاقاً. كذا في «الحقائق».

(ولو أقرَّ أن حمل جاريته من فلان، فكذبته، ثم ادعاه المولى؛ فهي) أي: دعوة المولى (باطلة) عند أبي حنيفة. وقال: صحيحة؛ لأن المقرَّ له لَمَّا كذبه جعل الإقرار كأن لم يكن، فيصحُّ دعواه.

وله: إنَّ الإقرار بالنسب لا يبطل بتكذيب المقرَّ له؛ لعدم احتمال النقض، كمن أقرَّ بحرية عبدٍ في يد آخر، فكذبهُ المالك؛ لا يبطل إقراره، حتى لو اشتره المقرُّ يعق، فلا يصحُّ دعواه بعدما أقرَّ الحمل لغيره.

أقول: إيراد هذه المسألة في كتاب البيوع غير مناسب، لعلَّ توجيهه بأن مولى تلك الجارية إذا أراد بيعها يصحُّ عنده، ولا يصحُّ عندهما.

¹ د: نكتفي.

² د: يصير.

³ د: حيضتها.

(ولو وطئ البائع أمته المبيعة قبل التسليم) إلى المشتري، (فالثمن كامل) عند أبي حنيفة، (ولا شيء عليه) أي: لا يجب العقر على البائع، وهو أجر الوطاء لو كان جائزاً، وقيل: مهر مثلها، وقيل: في الحرة عُشْرُ مهر مثلها إن كانت بكرًا، ونصفُ عشره إن كانت ثيبًا، وفي الأمة عُشْرُ قيمتها إن كانت بكرًا، ونصفه إن كانت ثيبًا (إن لم يُنْفِصْها) بأن كانت ثيبًا.

(وقسماه) أي: الثمن (على العقر) الواجب على البائع (والقيمة) أي: قيمة الجارية، (وأسقط ما أصابه) أي: العقر، مثلًا: إذا كانت قيمتها ألفًا وعقرها مائة؛ يقسم الثمن على أحد عشر سهمًا، فيسقط سهم واحد عن المشتري. أقول: الجملة المنفية كانت من أوضاع الوفاية، وأنت ترى إيرادها في موضع الخلاف. فإن قلت: الخلاف عرف من قوله: «فالثمن كامل»، والجملة المنفية تأكيد له. قلت: لو كان كذا لَمَّا ذكرها بالواو؛ لأنَّها موضع الفصل حينئذٍ.

(وإن نَقَصْها؛ فهو) أي: الثمن (مقسوم) عند أبي حنيفة (على النقصان) يعني: على ما نَقَصَ من قيمتها بزوال البكارة، (وعلى قيمتها) أي: قيمتها غير¹ ناقصة، (فيسقط ما أصابه) أي: أصاب النقصان، مثلًا: إذا كانت قيمتها بكرًا مائة وخمسين وقيمتها ثيبًا مائة؛ سقط ثلث الثمن من غير اعتبار العقر، ولا خيار له. كذا في «الأصل» و«الزيادات». وعن أبي حنيفة: إنَّ له الخيار، وكثير من مشايخنا أفتوا بهذه الرواية. من «الحقائق».

(وأدخل الأقل في الأكثر من النقصان والعقر، وقسماه) أي: الثمن (على الأكثر وقيمتها، وأسقط ما أصابه) أي: أصاب الأكثر، مثلًا: إذا كانت قيمة الجارية ألفًا والثمن ألفًا، ونقصان البكارة مائة، والعقر مائتين؛ يقسم الثمن على قيمتها ناقصة، وهي تسعمائة، وعلى الأكثر، وهو مائتان، فيصيرُ أحد عشر سهمًا، فيسقط سهمان، ويجب الباقي. لهما: إنَّ منافع البضع كالجزة منها، ولهذا لو وطئها المشتري ثم ظهر عيبها لا يجوز رُدُّها، فيسقط بإتلافها من الثمن كسائر أجزائها.

وله: إنَّ منافع البضع ليست بمال، فلا يقابلها شيء من الثمن.

(ولو استهلك ما ولدت الشاة قبل القبض؛ فهي للمشتري بقسطها من غير خيار. وأثبتاه) يعني: إذا باع شاة، فولدت ولدًا قبل القبض، فأتلف البائع الولد؛ يقسم الثمن على قيمة الشاة يوم العقد وقيمة الولد يوم الإتلاف، فما أصاب الولد يسقط² من الثمن اتفاقًا، مثلًا: إذا كان قيمة الشاة ستين، وقيمة الولد ثلاثين، والثمن تسعة؛ يسقط ثلث الثمن، ويأخذ الشاة ستة اتفاقًا، لكن لا خيار للمشتري عند أبي حنيفة، وقالوا: له الخيار، إن شاء أخذها بحصتها من الثمن، وإن شاء تركها. فالخلاف³ في الجملة الاسمية راجع إلى القيد الأخير، فحينئذٍ لم يحتج إلى إرداف قولهما؛ لأنَّه في طرف الإثبات.

قيد باستهلاك البائع؛ لأنَّه لو هلك ولدها، أو أتلفها أجنبي؛ لا خيار له، ولا يسقط شيء من الثمن اتفاقًا.

وقيد بالشاة؛ لأن المبيعة لو كانت جارية، فاستهلك ولدها؛ يخير المشتري اتفاقًا؛ لنقصان الجارية بسبب الولادة.

لهما: إنَّ زوائد المبيع لها حكم المبيع حتى يجعل لها حصَّة من الثمن كالمبيع، فيتخير المشتري بفوات الولد، كما لو كان موجودًا عند العقد، فاشترهما معًا.

وله: إنَّ المبيع قائم بحاله، فلا يتخير، كما لو مات الولد بأفة، بل أولى؛ لأن ثمة يأخذ الأم بكل الثمن، وهنا ببعضه.

وعلى هذا الخلاف إذا اشترى الشجر، فأثمر قبل القبض، فأتلفه البائع.

(فصل) في عقود أهل الذمة

(ويجوز للذمي أن يعقد على الخمر والخنزير كسائر البياعات) جمع البياعة، وهي البئعة؛ لما روي أنَّ عمر رضي الله عنه أمر عماله بالتعشير من أثمان الخمر والخنزير لأهل الذمة.

(وتوكيل مسلم ذميًا بذلك) أي: بيع خمر، أو خنزير، أو شرائهما، (ومُحرِّم) أي: توكيل محرِّم (حلالًا ببيع صيده) الذي اصطاده قبل الإحرام (صحيح) عند أبي حنيفة خلافًا لهما.

قيد بالتوكيل؛ لأنَّه لو كان له عبدٌ كافرٌ مأذونٌ له، فاشترى خمرًا؛ يجوز اتفاقًا؛ لأن المأذون ليس بنائب عنه.

¹ د - غير.

² د: تسقط.

³ ح: والخلاف.

وقيد بتوكيل المسلم؛ لأن الذمي إذا وكل مسلماً بشراء الخمر لا يجوز اتفاقاً. كذا في «الفوائد البرهانية».

وقيد بقوله: «حلالاً»؛ لأنه لو كان التوكيل ببيع الصبي محرماً لا يجوز اتفاقاً.

لهما: إن الوكيل نائب عنه، فنصرته ينتقل إليه، فصار كأن الموكّل باشر بنفسه، فلا يجوز.

له: إن الوكيل أصيل في التصرف، لا نائب عن الموكل، ولهذا لو حلف لا يبيع أو لا يشتري، فوكل به غيره؛ لا يحنث، والذمي أهل لهذا التصرف، فصح توكيله، ويثبت الملك للموكل حكماً، والمسلم غير ممنوع عن تملك الخمر أو الخنزير بلا مباشرته، كما إذا كان له فكاتب كافر، فاشترى خمرًا أو خنزيرًا، ثم عجز؛ يثبت الملك للمولى، لكن في صورة التوكيل بالبيع تملك ثمنها ملكاً حبيثاً؛ لأنه عوض حرام، فيتصدّق به، وفي صورة التوكيل بالشراء تخلّل الخمر، ويسيب الخنزير.

(ويجوز) أبو يوسف (للمجوسيّ بيع المخنوقة من مثله) أي: من مجوسيّ آخر؛ لأنها ذكية ومال عندهم، فصار كالخمر والخنزير. (ومنع) محمد؛ لأنها ميتة، ولا قيمة لها عند أحد من أهل الأديان.

(ولو أسلم ذميان تبايعا خمرًا قبل قبضه، فتخلّلت قبل الحكم بنقضه؛ أجزنا البيع، وخيرناه) يعني: إذا اشترى ذمي خمرًا من ذمي، ثم أسلم قبل قبض الخمر، ثم تخلّلت قبل أن يقضي القاضي بنقض عقدهما؛ يجوز البيع عندنا، وله الخيار، إن شاء قبض الخل، وإن شاء نقض البيع. وقال زفر: لا يبيع بينهما ولا خيار؛ لأن البيع لقا فسد بإسلامهما لا ينقلب جائزًا بتخلّل الخمر.

ولنا: إن الفساد ارتفع بالتخلّل قبل تقرر بقضاء القاضي، فينقلب جائزًا.

(فصل) في خيار الشرط

(مدّة خيار الشرط) لأحد العاقدين أو لهما أو لغيرهما (ثلاثة أيام، والزيادة) عليها في الخيار (مفسدة) عند أبي حنيفة. (وقالا: يجوز إذا كانت معلومة).

قيد (معلومة)؛ لأن الخيار إذا كان مجهولاً بأن قال: اشترت على أني بالخيار أيامًا، أو قال: مؤبداً؛ فإنه غير جائز اتفاقاً.

وفي «الخلاصة»: لو أثبت الخيار ولم يذكر وقتاً؛ فله الخيار ما دام في المجلس.

لهما: إن الخيار شرع لدفع الغبن، وقد يحتاج في التفكر إلى مدّة مديدة، وروي أن ابن عمر رضي الله عنهما أجاز الخيار شهرين.

وله: إن البيع سبب الملك، والأصل أن لا يترأخي الحكم عن سببه، إلا أن الخيار ثبت بالنص على خلاف القياس، فيقتصر مورده، وهو ما روي أنه صلى الله عليه وسلم قال لحبان بن مئذ: «إذا تبايعت فقل: لا خلافة، ولي الخيار ثلاثة أيام»¹، فلا يجوز الزيادة عليها عملاً بالأصل، وأمّا جواز ما دونها ضرورة كونها² من أجزائها.

(وإسقاط خيار الأبد) المشروط في العقد (بعد الثلاثة) أي: بعد مضيّ ثلاثة أيام (لا يرفع الفساد)، ولا ينقلب البيع جائزاً عند أبي حنيفة خلافاً لهما.

وهذا الخلاف فرع للخلاف السابق؛ لأن الزيادة على الثلاثة جائزة عندهما، والمفسد إنّما هو شرط الأبد، فإذا سقط ارتفاع الفساد قبل تقرر، وعنده: الزيادة مفسدة، وبعد الثلاثة تقرّر الفساد، فلا يرتفع بعد تقرر.

(ورفعناه) أي: فساد البيع (بإسقاطه قبلها) أي: بإسقاط خيار الأبد قبل ثلاثة أيام، وانقلب البيع جائزاً. وقال زفر: العقد فاسد، فلا ينقلب جائزاً، كما إذا باع بتمن، وشرط فيه خمرًا، فأسقطها.

ولنا: إنه أسقط المفسد قبل تقرر، فيرتفع، بخلاف شرط الخمر؛ لأنه شرط تمكن في صلب العقد.

اعلم أنّ عبارة المتن تدلّ³ على أنّ الفساد كان ثابتاً، فارتفع، وإليه مال أهل العراق، لكنّ الأوجه أن يقال: إنّه موقوف؛ لأن شرط خيار الأبد غير مفسد، وإنّما المفسد إتصّاله بجزء من الرابع، فإذا مضى جزء من الرابع فسد، وإليه مال أهل خراسان. أمّا حكمنا بفساده في الحال؛ فيحكم الظاهر؛ لأن الظاهر دوامهما على الشرط، فإذا أسقط قبل الرابع تبين أنّ الأمر بخلاف الظاهر. كذا في «الذخيرة».

¹ سنن ابن ماجه، الأحكام 24؛ شرح مشكل الآثار للطحاوي، 338/12 بمعناه. وقد روي في الصحيحين مختصراً، انظر: صحيح البخاري، البيوع 48؛ صحيح مسلم، البيوع 48.

² د: كونه.

³ د: يدل.

(ولو قال: إنَّ لم أنقد الثمنَ إلى أربعة أيامٍ فلا يبيِّع بيننا؛ فهو) أي: البيع (فاسدٌ) عند أبي حنيفة؛ لأن هذا في معنى الخيار من حيث إنَّ المقصود منها التفكُّر، وشرطُ فوق الثلاث مفسدٌ، فكذا هذا.

(ويوافقه) أي: أبو يوسف أبا حنيفة (في الأصح) يعني: عن أبي يوسف روايتان: أصحُّهما: أنَّه مع الإمام. (وأجزاه) أي: محمد البيِّع المذكور بناءً على أصله من أنَّ الخيارَ فوق الثلاثة جائزة، وأما أبو يوسف؛ فكان مع محمد في هذا الأصل، لكن خالفه في هذه المسألة عملاً بالنهي الوارد عن البيِّع بشرطٍ، وهو يقتضي أن لا يجوز البيِّع بهذا الشرط ولا بشرط الخيار، إلا أنَّ النصَّ ورد في شرط الخيار، فجاز، فبقي الحكمُ في المسألة على مقتضى النهي.

(ولو قال: إلى ثلاثة) أي: إنَّ لم أنقد الثمنَ إلى ثلاثة أيامٍ فلا يبيِّع بيننا، (أجزاه) أي: ذلك البيع. وقال زفر: لا يجوز. قيَّد بقوله: «إلى ثلاثة»؛ لأنَّه لو لم يبيِّن الوقت أصلاً بأن قال: بعثك بكذا إن لم تنقد الثمنَ فلا يبيِّع بيننا، أو يذكر وقتاً مجهولاً، بأن قال: إن لم تنقد الثمنَ أياماً؛ فالبيِّع فاسدٌ اتفاقاً.

له: إنَّه يبيِّع شرطاً فيه إقالته، فيفسد.

ولنا: إنَّ ابنَ عمر رضي الله عنهما باع ناقهً بهذا الشرط، ولم ينكر عليه أحدٌ من الصحابة؛ ولأنَّه في معنى شرط الخيار، فلا يفسده.

(والغدُّ غايةٌ في الخيار داخلٌ) يعني: إن شرطَ الخيارِ إلى الغد؛ فله الخيارُ في الغد كَيْه عند أبي حنيفة. (وأخرجاه) يعني: قالوا: لا يدخل الغدُّ فيه، كما لو باع وأجل ثمنه إلى رمضان لا يدخل الغاية في الأجل.

وله: إنَّ الغاية تارةً يكون للمدِّ، كقوله تعالى: ﴿أَتَيْمُوا الصِّيَامَ إِلَى اللَّيْلِ﴾ [البقرة، 187/2]، وتارةً للإسقاط إذا تناولها صدرُ الكلام، كالمراقف في الوضوء، ومسألنا من هذا القبيل؛ لأنَّه لو اقتصر على قوله: على أنِّي بالخيار؛ كان مؤبداً، وإذا قال: إلى الغد؛ سقط ما وراءه، وما استشهدا به من القبيل الأوَّل؛ لأنَّه لو باع مؤجلاً ولم يقل: إلى رمضان؛ لا يكون مؤبداً، بل يكون ثلاثة أيامٍ عند بعضٍ، ويفتى بأن يتأجل إلى شهرٍ.

أقول: إردافُ قولهما مستدرِكٌ؛ لأنَّه في طرف النَّفي من قوله.

(ولو شرط الخيار لغيره) أي: لغير العاقد (أجزاه) وأثبتنا الخيارَ لذلك الغير، خلافاً لزفر.

له: إنَّ الخيارَ من أحكام العقد، فلا يجوز اشتراطُه لغير العاقد، كاشتراط الثمن على غير المشتري.

ولنا: إنَّ الخيارَ لغير العاقد إنَّما يثبت نيابةً عن العاقد، فيثبت الخيارُ للعاقد أوَّلاً، ثم يجعل الغيرُ نائباً عنه بطريق الاقتضاء تصحيحاً لكلامه.

وفي «النوازل»: لو شرط الخيار لغيره: إنَّ عدَّ أسماءهم يجوز، وإلا فلا.

(ويثبت) الخيارُ (لكلٍ منهما) أي: لذلك الغير وللشَّارط، فمن أجاز منهما البيِّع جاز، ومن ردَّه بطل، (فإن اختلف تصرُّفُهما) بأن أجاز أحدهما العقدَ وفسخه الآخرُ؛ (اعتبر السَّابِق) لعدم المزاحم، (وإن حصل) أي: الإجازة والفسخ (معاً؛ رجح العقد) أي: تصرُّفُ العاقد نقضاً كان أو إجازةً؛ لأنَّه أقوى، والنائب يستفيد منه الولاية، ولو قال: رجح العاقد؛ لكان أوَّلي كما هو رواية «الهداية». (في رواية، والفسخ) أي: رجح الفسخ (في أخرى)، وهذه الرواية أقوى؛ لأنَّ أثر الإجازة إثباتُ الحلِّ للمشتري، وإثباتُ الفسخ إبقاؤه في البائع، فمع الشكِّ الإبقاء أوَّلي من الإثبات.

(وإذا باع بالخيار لم يخرج المبيع عن ملكه) بالاتفاق وإن قبضه المشتري بإذن البائع؛ لأنَّ خروجه إنَّما يكون برضاء البائع، والخيارُ ينافيه، فيصحُّ تصرُّفُ البائع في مَدَّة الخيار تصرُّفَ الملاك من الهبة والوطء وغيرهما، ويصير فسحاً للبيِّع.

(والثمنُ غيرُ مملوكٍ له) يعني: الثمنُ يخرج عن ملك المشتري اتفاقاً، لكنَّه لا يدخل في ملك البائع عند أبي حنيفة. وقالوا:

يدخل.

(فيهلك عند المشتري بالقيمة) يعني: في صورة كون الخيار للبائع إذا هلك المبيع في يد المشتري في مدَّة الخيار؛ يفسخُ البيِّع بالهلاك؛ لأنَّه كان موقوفاً، ولا نفاذٌ بدون المحلِّ، فيبقى كونه مقبوضاً على سوم البتري، فيضمنه بالمثل إن كان مثلياً، وبالقيمة إن كان قيميّاً.

قيَّد بالهلاك؛ لأنَّه لو تعيَّب في يد المشتري؛ فالبائع على خياره، فله أن يفسخ البيِّع، ويضمِّن المشتري نقصانَ العيب؛ لأنَّه مضمونٌ عليه بجميع أجزائه كالمغصوب.

وقيد بقوله: «عند المشتري»؛ لأنه لو هلك في يد البائع بنفسه البيع، ولا شيء على المشتري، كما لو لم يكن في البيع خياراً. ولو تعيب في يد البائع بفعله ينتقض البيع بقدره، ويسقط حصته من الثمن، وإن تعيب لا بفعله؛ فالمشتري إن شاء أخذه بجميع الثمن، وإن شاء فسخ.

(وإذا اشترى بالخيار لم يخرج الثمن عن ملكه) اتفاقاً، حتى لو تصرف في الثمن. سواء كان الثمن¹ في يد البائع أو في يده؛ يجوز اتفاقاً، ويكون فسحاً للبيع، ولو تصرف فيه البائع لا يجوز اتفاقاً. (وخرج المبيع عن ملك البائع) اتفاقاً، (والمشتري لا يملكه) أي: المبيع عند أبي حنيفة، وقالوا: يملكه.

فإن قيل: إذا بيعت دارٌ بجانب الدار المبيعة؛ فللمشتري بالخيار الشفعة اتفاقاً، ولو لم تكن ملكاً له لما استحق الشفعة بها كما لا يستحق الشفعة بدار السكنى.

قلت: إنما استحق المشتري الشفعة بها؛ لأنه بشرائها صار أحق بها، لا لأنه ملكها، كالعبد المأذون المستغرق بالدين إذا بيع الدار بجانب داره، فله الشفعة لهذا المعنى.

لهما: إن الثمن لما خرج عن ملك المشتري في المسألة الأولى، والمبيع خرج عن ملك البائع في المسألة الثانية؛ وجب أن يدخل في ملك صاحبه، وإلا؛ لزم أن يبقى مملوك بلا مالك، وهو غير معهود في الشرع إذا لم يكن الشراء من مال الوقف للوقف.
وله: إن المبيع في المسألة الأولى لم يخرج عن ملك البائع، ولو دخل الثمن في ملكه؛ لزم أن يجتمع الثمن والمثمن في ملك واحد، وهذا مما لا يقتضيه العقد.

وفائدة الخلاف تظهري في مسائل:

منها: أنه لو اشترى زوجته بالخيار لم يفسد النكاح عنده؛ لأنه لم يملكها، ويفسد عندهما.

ومنها: أنه إذا اشترى ذا رحمٍ محرّمٍ منه؛ لم يعتق عليه عنده، ويعتق عندهما.

ومنها: أنه لو اشترى أمّة، فحاضت عنده في مدة الخيار، وأجاز المشتري العقد؛ لا تعتبر تلك الحيضة من الاستبراء عنده، ويعتبر عندهما، ولو ردّها المشتري بحكم الخيار إلى البائع؛ لا يجب عليه الاستبراء عنده؛ لأنه لم تدخل في ملك غيره، وعندهما يجب. ومنها: أنه² إذا اشترى منكوحته، فولدت في مدة الخيار في يد البائع؛ فعنده لا تصير أمّ ولدٍ له، ولا يبطل خياره، فيملك الرّدّ عنده، وعندهما تصير أمّ ولدٍ له.

وإنما قيدنا بقولنا: في يد البائع؛ لأنها لو ولدت في يد المشتري تصير أمّ ولدٍ له اتفاقاً.

وأما إذا كان الخيار للبايع والمشتري جميعاً، وهذا القسم غير مذكور في المتن؛ فحكمه: أن المبيع لا يخرج عن ملك البائع، ولا الثمن عن ملك المشتري، وتصرف كل منهما في بدل ملكه باطل، وأيهما هلك قبل التسليم بطل البيع، وإن هلك بعده بطل أيضاً، ولزمت القيمة، وأيهما فسخ في مدة الخيار انفسخ.

(ولو تعيب) المبيع في يد المشتري إذا كان الخيار له بفعله، أو بفعل أجنبي، أو بأفّة سماوية، (أو هلك؛ نوجب الثمن لا

القيمة) وقال الشافعي: تجب القيمة، كما لو كان الخيار للبايع وقبضه المشتري.

ولنا: إن المشتري لما عجز عن ردّ المبيع لحدوث العيب عنده؛ بطل خياره، وتمّ العقد، وتأكد الثمن.

قيدنا بكون المبيع في يد المشتري؛ لأنه لو هلك قبل القبض؛ فلا شيء عليه اتفاقاً.

(ولو اختلفا فيه) أي: في وجود شرط الخيار في العقد؛ (فالقول لمدعيه) أي: لمدعي الخيار عند أبي حنيفة؛ لأنه ينكر لزوم

البيع معني، والاعتبار للمعاني. (وقالوا: لمنكره)؛ لأن الأصل كون البيع بائناً، والخيار زائد عليه، فيكون القول لمن أنكره.

(ونبطله بالموت) أي: بموت من له الخيار. وقال الشافعي: لا يبطل.

إنما قيدنا به؛ لأن الخيار لا يبطل بموت من عليه الخيار اتفاقاً.

له: إن الخيار يورث، كخيار العيب وخيار التعيين.

ولنا: إن خياره هو مشيئته، وهي تنقطع بموته كقدرته، فلا ينتقل إلى الوارث.

فإن قلت: كان ينبغي أن ينتقل الخيار إلى الوارث لانتقال المبيع إليه، كما انتقل مالكيّة المورث إلى الوارث تبعاً للأعيان الموروثة.

¹ ح - الثمن.

² ح - أنه.

قلت: المالكيَّة من لوازم المملوك؛ لأنَّها غير متصوِّرة بدونه، وأما الخيار؛ فليس من لوازم المبيع حتى ينتقل بانتقاله ألبتَّة، وأما خيار العيب؛ فتأبَّت للوارث من حيث إنَّه مستحقُّ أن يأخذ المبيع سليماً كمورثه، وأما خيار التعيين؛ فإنَّما ثبت للوارث؛ لأن ملكه اختلط بملك غيره، والخيار كان ثابتاً لمورثه برضا العاقد الآخر، فيثبت لوارثه؛ لأنَّه خلفه، وأما خيار الرؤية؛ فالصحيح؛ إنَّه لا يورث.

(ولو مات) من له الخيار، (أو مضت المدَّة، ولم يحز؛ لزم) البيع، (ولم يفسخوه) أي: قال مالكٌ: يفسخ؛ لأن الخيار وجد في البيع وتعذر إبقاؤه، فيفسخ.

ولنا: إنَّ عدم لزومه كان لمانع، وهو تمكُّنه من الفسخ في المدَّة، فإذا ارتفع المانع لزم البيع.

(ولو باع الوصيُّ ملك صبيٍّ بالخيار) أي: خيار الشرط، (فبلغ) أي: صار الصبيُّ بالغاً (في المدَّة؛ يحكم بتمامه) أي: أبو يوسف بتمام البيع؛ لأنَّه انقطع ولايته عنه، فلم يملك فسخه، فصار كما لو مات الوصيُّ في المدَّة. (وأبفاه) أي: محمَّد الخيار (للوصيِّ، ومملكه الفسخ فقط)؛ لأنَّه لم يكن خارجاً عن ملك الصبيِّ، والفسخ امتناعٌ عن إخراجه، وله ولايةٌ ذلك، وأما الإجازة؛ فيتضمَّن الإلزام على الصبيِّ البالغ بتملك ملكه لغيره بلا رضاه، ولا ولايةٌ للوصيِّ عليه.

(وإن مضت المدَّة) أي: مدة الخيار في الصورة السابقة (حكّم بنفاذه) أي: محمَّد بنفاذ البيع (في رواية) لزوال المانع كما سبق بيانه، (وبإجازة المالك) يعني: حكّم بأنَّ البيع ينفذ بإجازة المالك، وهو الصبيُّ البالغ، (فيها في أخرى) أي: في المدَّة في روايةٍ أخرى عن محمَّد؛ لأنَّ بيع الوصيِّ بعد بلوغ الصبيِّ كان كبيع الفضوليِّ، فلا يتمُّ بلا إجازة.

أقول: زعم بعضٌ أنَّ قوله: «وبإجازة» معطوفٌ على «بنفاذه»، فقال: فيه خللٌ؛ لعدم استقامة معناه، ولم يفظن أنَّه معطوف على مقدِّرٍ، تقديره: حكم بنفاذه بلا إجازة في روايةٍ، وبإجازة المالك فيها في أخرى.

وفي «المختلف» و«المصنف»: روي عن محمَّد أيضاً: أنَّ للعاقد أن يجيز في الثلث؛ لأنَّه كان نائباً عن المالك كالوكيل، وأضيف فيهما الإجازة إلى العاقد دون المالك.

(ولو اشترى عبداً بشرط الكتابة) أي: بشرط أنَّه كاتبٌ، (فلم يكن) العبدُ كاتباً، (يُخَيَّر¹) المشتري (في أخذه بالجميع) أي: بجميع الثمن (أو الترك) أما الخيار؛ فلأنَّه رضي به بهذا الوصف المرغوب، وقد فات، وأما أخذه بالجميع؛ فلأنَّه وصفٌ لا يقابله شيءٌ من الثمن إذا أمكن ردُّ المبيع، وأما إذا امتنع بسبب من الأسباب؛ رجع المشتري على البائع من الثمن بحصة الوصف الفائت.

فإن قلت: كيف لم يفسد العقد بهذا الشرط كما فسد إذا باع شاةً على أنَّها حاملٌ؟

قلت: هذا شرطٌ يقتضيه العقد؛ لأنَّ المبيع ينبغي أن يكون معلوماً بأوصافه، ولتوصيفه سبيلٌ للبائع؛ لأنَّه وصفٌ مرغوبٌ فيه، فيجوز، كما لو باع فرساً على أنَّه هِمْلَج، أو بقرةً على أنَّها لبونٌ، أو كلباً على أنَّه صائدٌ، وأما الخَبَلُ في البهائم؛ فمجهولٌ لاحتمال أن يكون انتفاخٌ بطنه من ريحٍ، ولهذا فسد بشرطه، ولو اشترى على أنَّ لبنها كذا لا يجوز اتِّفاقاً.

ولو باع حانوتاً على أنَّ أجرته خمسةٌ فيما مضى يجوز، وإن قال: في المستقبل أو أطلق يفسد. كذا في «الخلاصة».

(وإذا أجاز من له الخيار في المدَّة) بالقول أو بالفعل، كتصرف البائع في الثمن، أو المشتري في المبيع تصرف الملاك من الوطاء وغيره إلا الاستخدام مرَّةً، فإنَّه لا يدل على الإجازة؛ لأنَّه للامتحان، ولو استخدمه مرَّةً أخرى في ذلك النوع يدلُّ على رضاه. كذا في «النهاية».

(بغير علم الآخر) وهو من عليه الخيار (جاز، وإذا فسخ) في المدَّة بغير علم الآخر (يجيزه) أي: أبو يوسف الفسخ؛ لأنَّه كان مسلطاً على التصرف فيه من جهة الآخر، فلا يشترط علمه، كالوكيل بالبيع إذا باع، فله الفسخ من غير علم الموكل. (وشرطاً علم الآخر به)؛ لأنَّه إذا لم يعلم الفسخ؛ فربما يلحقه ضررٌ، أمَّا إذا كان الخيار للبائع؛ فلاشُّ المشتري إذا لم يعلم الفسخ عسى أن يتصرف في المبيع، فيلزمه قيمته للهلاك، وقد يكون أكثر من الثمن، وأما إذا كان للمشتري؛ فلاشُّ البائع لا يطلب بسلعته مشترياً آخرَ اعتماداً عليه، فيتضرَّر.

فإن قيل: لو لم ينفرد² من له الخيار بالفسخ يلزم ضررٌ آخرٌ، وهو أن يختفي من عليه الخيار حتى مضى مدته، فيلزمه العقد شاء أو لم يشأ.

¹ د: تخير.

² د: ينفرد.

قلنا: هذا الضرر لم يعتبر؛ لأنه إنما لزمه بتقصير من جانبه حيث لم يأخذ كفيلاً من صاحبه ليحضره في المدة، أو وكياً ليرد عليه إذا غاب.

وفي «الخانية»: ينصب القاضي خصماً عمّن عليه الخيار ليرده عليه.
وفي «النهاية»: الخلاف فيما إذا فسخه بالقول، وأما إذا فسخه بالفعل؛ فالعقد يفسخ حكماً، سواء علم الآخر أو لم يعلم؛ لأن الشيء قد يثبت ضمناً وإن لم يثبت قصداً.
وهكذا الخلاف في فسخ خيار الرؤية، وأما في خيار العيب؛ فالمشتري إذا فسخ بلا علم البائع لا يجوز اتفاقاً؛ لأنه لا يثبت إلا بالقضاء.

وفي «جامع المحبوبي»: لو كان قبل القبض يصحّ الفسخ بغيبة الآخر.
(والمشتريان بالخيار لا ينفرد أحدهما بالفسخ) إذا اختار أحدهما البيع عند أبي حنيفة. وقالوا: ينفرد.
وعلى هذا الخلاف المشتريان بخيار الرؤية بأن اشتريا شيئاً لم يراه، فأراد أحدهما أن يرده، وكذا خيار العيب. قيّد بالمشتريان؛ لأن البائع لو كان اثنين والمشتري واحداً، وفي البيع خيار شرط أو عيب، فردّ المشتري نصيب أحدهما دون الآخر بحكم الخيار؛ جاز اتفاقاً. كذا في «جامع المحبوبي».

لهما: إن إثبات الخيار لهما إثبات لكلٍ منهما، فلو لم يملك فسخه لزم العقد عليه بغير رضاه.
وله: إن المبيع خرج عن ملك البائع غير معيب بعيب الشركة، فلو ردّ أحدهما دون الآخر ردّه معيباً بعيب الشركة، فيتضرر؛ إذ لا يمكن الانتفاع له إلا بطريق المهياة، فلا يجوز، وليس من ضرورة الرضاء بخيارهما الرضاء برّد أحدهما.

(فصل في خيار الرؤية)

(من اشترى ما لم يره نجيز عقده مع الخيار) وقال الشافعي: لا يجوز.
وفي «الكناية»: الخلاف فيما إذا كان المبيع قائماً بين يديهما موجودة، كما إذا اشترى زيتاً في زق، أو بُراً في جوالق، أو ثوباً في كُتْم ونحوها، حتى لو لم يكن كذلك لا يجوز البيع اتفاقاً.
وضع الخلاف في المبيع؛ إذ لا خيار في الثمن الدين اتفاقاً، وأما الثمن العين؛ ففيه الخيار عندنا؛ لأنه بمنزلة المبيع.
له: إن المبيع مجهول الوصف، وجهالته تمنع الجواز.
ولنا: قوله صلى الله عليه وسلم: «من اشترى ما لم يره؛ فله الخيار إذا رآه»¹.

قيل: هذا مؤقت بوقت إمكان الفسخ إذا رآه، والصحيح: أنه ثابت في جميع العمر.
ثم إن أجازته بالقول قبل الرؤية لا يزول خياره؛ لأنه ثبت عند الرؤية، فلا يبطل قبل وقتها، وإن أجازته بالفعل بأن يتصرف فيه؛ يزول كما سيجيء. وأما الفسخ بالقول؛ فجائز قبل الرؤية لعدم لزوم العقد؛ لأن اللزوم يفيد تمام الرضاء، وتماؤه بالعلم بأوصاف مقصودة، وهو غير حاصل قبل الرؤية.

(ولا خيار للبائع فيما لم يره)؛ لأنه لو ردّ البيع؛ فإنما يرده لظنه أن المبيع أزيد مما ظنه، فلا يجوز رده، كما لا يرد إذا باع على زعم أنه معيب فظهر سليماً.

(ويسقط خيار الأعمى) أي: خيار رؤيته (بمعرفة) المبيع (بباقى حواسه) بأن يجسّ بيده إن كان يُعرف المبيع بالحواس كالغنم، أو بشبهه إن كان يعرف بالشم، أو بذوقه إن كان يعرف بالذوق، (وبالوصف في العقار)؛ لأن التوصيف له مُتَنَزِّل منزلة رؤيته، ولو وصف له ثم أبصر؛ فلا خيار له؛ لأن العقد قد تمّ، ولو اشترى بصيراً ثم عمي؛ انتقل الخيار إلى التوصيف. كذا في «الذخيرة».

(أو بنظر وكيله) أي: وكيل الأعمى.
أقول: لا حاجة إلى هذا اللَّفْظ؛ لأنه كان في بيان ما يختص بالأعمى، ونظر الوكيل غير مختص به؛ لأن الوكيل: إمّا أن يكون بالقبض أو بالبيّنة، وكلاهما معلوم من المسألة التي عنيه.

(ونظر الوكيل بالقبض) أي: قبض المبيع (مُسَقَط) عند أبي حنيفة خيار رؤية الموكل، (كالوكيل بالشراء) يعني: كما أنّ نظر الوكيل بالبيّنة يُسقط خياره. (وقالوا: هو كالرسول) يعني: نظر الوكيل بالقبض كنظر الرسول في أنّه لا يُسقط الخيار.

¹ سنن الدارقطني، 3/382؛ السنن الكبرى للبيهقي، 5/268. وروي أيضاً أنه صلى الله عليه وسلم قال: «لا تلقوا الجلب فمن تلقاه، فاشترى منه فإذا أتى سيده السوق فهو بالخيار». انظر: صحيح مسلم، البيوع، 17؛ سنن النسائي، البيوع، 18.

أقول: كان ينبغي له أن لا يردفَ قولهما؛ لأنه في طرف النَّفي .
لا يقال: أردفه لبيان مسألةٍ أخرى، وهو أنَّ نظرَ الرسول غيرَ مسقطٍ اتفاقاً؛ لأنه لو كان كذا كان عليه أن يبيِّنَه في الدِّباجة .
قيد «الوكيل بالقبض»؛ لأنه لو وكلَّ رجلاً بالرؤية لا يكون رؤيته كروية الموكل اتفاقاً. كذا في «الخانية» .
وصورة الرسول: أن يقول المشتري: كُن رسولاً عني في قبضه، أو يقول: أمرتك بقبضه .
وفي «المصنفى»: «الخلافتُ فيما إذا قبضه وهو يراه، فأما إذا قبضه مستوراً، ثم أراد بعدما نُظِرَ إليه إبطالَ الخيار قصداً؛ ليس له ذلك اتفاقاً، بل له الخيارُ .

لهما: إنَّه وكيلٌ بالقبض لا بإسقاط الخيار، فلا يملك ما لم يَصِرْ وكيلاً به .
وله: إنَّ الوكيلَ بالقبض وكيلاً بإتمامه، وتماؤه بتمام الصَّفقة، وتماؤها بسقوط خيار الرؤية، فصار قبضه كقبض الموكل مع الرؤية، بخلاف الرسول؛ لأنه غيرُ نائبٍ عن المشتري .
(ويكتفى برؤية ما يدلُّ على العلم بالمقصود)؛ لأنَّ نظرَ جميع أجزاء المبيع متعدِّدٌ، فجعلَ رؤيةَ ظاهر الثوب مثلاً الدالَّةَ على العلم بجودته كروية جميع أجزائه؛ لأنها لا تتفاوت غالباً .

(وإذا رأى بعض ما لا يتفاوت أحاده) وهو ما يعرضُ بالتموج، كالشعير والحنطة، (كان كروية كلِّه، إلا أن يكون الباقي أردأ) مما رآه، فيثبت له خيارُ العيب لا خيارُ الرؤية، سواء كان في وعاءٍ واحدٍ أو في أوعيةٍ مختلفةٍ. هذا إذا اتَّحد جنسها وصفتها، وإن اختلفا؛ فما لم يَرَ كلَّ الجنس أو النَّوع؛ فله خيارُ الرؤية . (بخلاف المتفاوت) أي: متفاوت الأعداد، كالثياب والدَّوابِّ، فرؤية بعضها لا يكون كروية كلِّها، فيثبت له الخيارُ فيما لم يره من أحادها . وأما العدديُّ المتقاربُ؛ فمما يتفاوت عند الكرخيِّ، وقال صاحبُ «الهداية»: ينبغي أن يكون مما لا يتفاوت .

(وإذا نظر إلى ظاهر الصُّبرة، أو وجه الأمة) وهذا القيدُ اتفاقاً؛ إذ الحكمُ في العبد كذلك، (أو جسَّ شاة اللحم) أي: شاة لحمها مقصودٌ، قيد به؛ لأنَّ في شاة الفئنة لا بُدَّ من رؤية ضرعها؛ لأنه هو المقصودُ منها . (أو رأى ضرع شاة الفئنة) أي: اللبن، (أو ذاق ما يطعم؛ سقط الخيار) هذا فروعٌ للأصل المتقدِّم .
(ويضيف) أبو يوسف (إلى الوجه في الدابة كفلها) يعني: يقول: لا يسقطُ خيارُه برؤية وجهها حتى ينظرَ إلى كفلها؛ لأنه موضعٌ مقصودٌ منه كالوجه، هو الصَّحيحُ. كذا في «المحيط» .

(واكتفى به) أي: محمداً بالنظر إلى الوجه؛ لأنه هو المقصودُ اعتباراً بالأمة والعبد .
وشرط بعضُ العلماء رؤيةَ القوائم .

(وأسقطناه برؤية ظاهر ثوب مطوي، إلا أن يكون في باطنه ما يُقصَدُ بالنظر) كالعلم ونحوه من الثُّقوش، وإن كان ثياباً؛ فلا بُدَّ أن ينظرَ إلى ظاهر كلِّ ثوبٍ . (وصحن دار) أي: أسقطنا الخيارَ برؤية صحن دارٍ (وإن لم يشاهد البيوت) وقال زفر: لا بُدَّ من رؤية باطن الثوب مطلقاً، ومن رؤية بيوت الدار؛ لأنَّ بالنظر إلى الظاهر لا يُعرفُ أوصافُ الباطن .
ولنا: إنَّ رؤيةَ جميع الأجزاء متعدِّدٌ، فيكتفى برؤية ظاهره ما لم يكن فيه ما يُقصَدُ بالنظر .

(ويشترط رؤيتها في الأصح) يعني: مشاهدة البيوت شرطٌ في زماننا كما قال زفر، وعليه الفتوى؛ لأنَّ البيوت في زماننا متفاوتةٌ تفاوتاً فاحشاً، ولم يكن كالبيوت الكائنة في زمان أئمتنا، وعلى هذا إذا اشترى بستاناً؛ فالأصحُّ: أن لا يكتفى بالنظر إلى خارجه .
(ولو رأى دهنًا في زجاج؛ فهو على خياره) يعني: إذا اشترى دهنًا لم يره، ثم رآه من وراء زجاج؛ لا يسقطُ خيارُه عند أبي حنيفة؛ لأنه لم يره حقيقةً، وكذا إذا رأى سمكًا في الماء، فاشتراه بعد صيده؛ لأنه في خارج الماء يُرى متفاوتاً .
(وأسقطه) أي: محمداً خياره؛ لأنَّ هذا الحائل لا يمنعُ معرفةَ صفته (في رواية) أي: في رواية الحسن عن محمدٍ، وفي رواية هشامٍ عنه: أنَّ قوله موافقٌ لقول الإمام .

(ويجزئه) أي: أبو يوسف البيع (في شراء لؤلؤ في صدفيه)؛ لأنه قادرٌ على تسليمه، فيتخيَّرُ إذا رآه . (وأبطله) محمداً؛ لأنه كبيع الولد في بطن الجارية .

(وإذا تصرف) المشتري قبل الرؤية (في المبيع تصرفاً لازماً) أي: غيرَ قابلٍ للفسخ، كإعتاقه وتدييره وإجارته وبيعه ورهنه، (أو تعيَّب عنده) أي: المبيع عند المشتري قبل الرؤية، (أو تعدَّر ردُّ بعضه) بسبب هلاك بعضه، (أو مات) المشتري؛ (بطل الخيار) أي:

خيار الرؤية، أما في صورة تصرفه اللّازم؛ فلتعلّق حَقِّ الغير به. وأما في صورة تعيُّبه، فلائنه أخذه سليماً، فيمتنع أن يرده معيَّناً. وأمّا في صورة هلاك بعض المبيع؛ فلائنه لو ردَّ بعضه الباقي لزم تفريق الصّفقة. وأمّا في صورة موت المشتري؛ فلائنه خيار الرؤية لا ينتقل إلى الورثة. قيّد¹ بقوله: «لازماً»؛ لأن تصرفه لو كان غير لازم كبيعته بشرط الخيار له وهبته بلا تسليم؛ لا يبطل الخيار. ولو باع بشرط الخيار للمشتري يبطل خيار رؤيته؛ لائنه من جانبه لازم، ولو تصرف بعد رؤيته؛ يبطل خياره وإن كان غير لازم؛ لائنه يدلُّ على رضاه. ولو طلب بالمبيع الذي لم يره شفاعة لا يبطل خياره، بخلاف خيار الشرط وخيار العيب. كذا في «النهاية».

(ولا يُبطل بيع الفضولي) وهو العاقد بلا إذن من يحتاج إلى إذنه، **(فيتخيّر المالك)** إن أجاز نفذ، وإلا لغا. وقال الشافعي: يبطل؛ لائنه تصرف لم يكن مالكا عليه أصالة ولا وكالة، فلا ينعقد.

ولنا: إنّه تصرف صدر من أهله مضافاً إلى محله، فينفذ²، ولا صرر فيه للمالك؛ لائنه مخيّر إن رأى فيه نفعاً أجزاه، وإلا فلا. هذا إذا كان أهلاً للإجازة، وإن لم يكن كالصبي؛ يبطل بيعه.

وأما في شراء الفضولي؛ فينفذ على نفسه إن صلح³ أن ينفذ⁴ عليه، ولا يتوقّف على إجازة من يشتري له وإن لم يصلح، كما إذا كان عبداً محجوراً يتوقّف على الإجازة أيضاً.

وفي «الخانية»: الشراء على الفضولي إنما ينفذ إذا قال البائع: بعث منك هذا بكذا، فقال الفضولي: قبلت، ونوى الشراء لفلان، وأما إذا قال البائع: بعث هذا لفلان بكذا، وقال الفضولي: قبلت؛ لا ينفذ على الفضولي ولا على فلان إن لم يُجزه.

(وتستلزم الإجازة) أي: إجازة المالك، قيّدنا به؛ لأن إجازته وارثه بعده غير جائزة.

وفي «الخلاصة»: إذا أخذ الثمن أو طلبه يكون إجازته، وإن قال: أحسنت أو أصبت؛ لا يكون إجازة؛ لائنه يُذكر على وجه الاستهزاء.

(قيام المحل) يعني: موقوفة على قيام المعقود عليه؛ لأن إجازة المالك كالبيع حكماً، فذلك يقتضي قيام المحل، ولو أجزاه وهو لا يعلم حال المبيع؛ جاز في قول أبي يوسف أوّلًا، وهو قول محمد؛ لأن الأصل بقاؤه، ثم رجع عنه، وقال: لا يصح؛ لوقوع الشك في شرط الإجازة.

(والمتعاقدين) أمّا قيام المشتري؛ فلائنه الثمن لم يلزمه وهو حي، فلا يلزمه بعد موته. وأمّا قيام البائع؛ فلائنه التسليم لم يكن لازماً عليه، فلا يلزمه بعد موته.

(إذا كان الثمن ديناً) أراد به: ما لا يتعيّن بالتعيين، فإذا أجاز المالك بيعه؛ يكون الثمن مملوكاً له، حتى لو ضاع قبل الإجازة أو بعدها لا يضمنه الفضولي؛ لأن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة.

(وإن كان عيناً؛ فقيامه) أي: تستلزم قيام الثمن (أيضاً) أي: كاشتراط قيام المحل؛ لأن الثمن في بيع المقايضة مبيع من وجه، كما إذا باع عبد غيره بثوب، فإنّ الفضولي كان مشترياً ثوباً بعبد الغير، والشري لا يتوقّف؛ لأن الثمن يلزم في ذمة المشتري بالشري، فيلزمه بالتزامه، بخلاف البيع؛ لأن قيامه بالمبيع، وهو ملك الغير، ويتصرّر الغير بلزوم العقد، فقلنا بالتوقّف على الإجازة⁶؛ لئلا يتضرر الغير به. فإذا أجاز المالك البيع؛ كان محيزاً نقد ما ملكه عوضاً عما اشترى، وصار⁷ الفضولي مستقرضاً من المالك ما باعه وإن كان حيواناً؛ لأن استقراضه يصح في ضمن الشري، وإن كان لا يصح قصداً، فرجع⁸ المالك على الفضولي بقيمة العبد لكونه قيمياً، وبمثل ما باعه إن كان مثلياً.

(ويملك الفضولي فسخ البيع قبل الإجازة دون النكاح)؛ لأن الفضولي في النكاح سفير ومعبر لا عاقد، ولهذا لم يُشترط بقاؤه في إجازة النكاح، حتى لو أجاز بعد هلاكه جاز.

1 د: وقيد.

2 د: فينفذ.

3 د: إذا.

4 د: ينفذ.

5 د: ويستلزم.

6 ح - على الإجازة.

7 ح: فصار.

8 د: فيرجع.

(ولو أجاز أحد المالكين) المشترين في شيء باعه فضولي (يخبر المشتري) أي: يجعل أبو يوسف المشتري مخيراً (في حصته) أي: في حصة من أجاز العقد منهما؛ لأن المشتري رغب في شرائه ليسلم له جميع المبيع، فإذا لم يسلم يخبر لكونه معيباً بغير الشركة. (وألزمه بها) أي: ألزم محمد المشتري بحصة أحدهما منفرداً، فيلزمه؛ لأنه رضي بتفريق الصفقة عليه؛ لعلمه أنهما قد لا يجتمعان على الإجازة.

(ومن رأى أحد ثوبين¹، فاشترهما، ثم رأى الآخر) أي: الثوب الآخر؛ (جاز ردهما)؛ لأنه لو رد أحدهما دون الآخر لتفرقت الصفقة على البائع قبل الإتمام؛ لأن خيار الرؤية في أحدهما يمنع تمام الصفقة، والتفريق قبل تمامها غير جائز كما لم يخبر في ابتداء الصفقة، وكذا إذا كان مخيراً بخيار الشرط، بخلاف ما إذا وجد أحدهما بعد القبض معيباً حيث يرده فقط؛ لأن خيار العيب لا يمنع تمام الصفقة، فلا يوجد تفريق قبل تمامها.

(ومن اشترى شيئاً رآه من قبل) أي: قبل شرائه، (فإن تغير) المبيع (يخبر) المشتري إذا رآه؛ لأن المبيع بوصفه حين العقد مجهول له، وخيار الرؤية إنما يثبت لجهالة الوصف. قيد بالتغير؛ لأنه لو لم يتغير لا خيار له؛ لكونه معلوم الوصف. وإذا اختلفا؛ فالقول للبائع؛ لأن المدعي يدعي أمراً عارضاً، إلا إذا بعدت المدعة، فحينئذ يكون القول للمشتري.

(فصل) في خيار العيب

(إذا وجد المشتري بالمبيع عيباً) كان عند البائع ولم يشاهده، ولم يرض به بعد رؤيته، ولم يتعيب عنده بغير آخر، (فإن شاء أخذه بكل الثمن، وإن شاء رده)؛ لأن مطلق البيع يقتضي سلامة المبيع عن العيب، فإذا فانتت يتخبر المشتري. (ولا يمسه، ويأخذ النقصان)؛ لأنه لو أخذ نقصان العيب من البائع مع إمساك العين؛ يخرج المبيع من ملكه بأقل من الثمن المسقى، وفيه إضرار له؛ لأنه لم يرض بخروجه بأقل منه، وأما ضرر المشتري؛ فمدفوع بالرد. (وكل ما أوجب نقصان الثمن في عادة التجار كان عيباً) لكون المبيع ناقصاً في المائنة. (وإذا سرق صغير يعقل، أو بال في الفراش، أو أبق عند البائع، ثم المشتري) يعني: ثم وجد هذه الأفعال عند المشتري، (رده إن شاء).

قيد بقوله: «يعقل»؛ لأنه إن كان صغيراً لا يعقل لا يُعد هذه الأفعال عنه عيباً؛ لأنها غير صادرة عن اختيار صحيح، وحد عدم عقله هنا: أن لا يأكل ولا يشرب وحده.

وقيد بقوله: «عند البائع ثم المشتري»؛ لأنه لو وجد عند البائع، ولم يوجد عند المشتري، أو بالعكس؛ لا يردّه. وأما الجنون؛ فهو عيب مطلق لا يختلف بين حالتي الصغر والكبر؛ لأن سببه. وهو آفة تخلّ الدماغ. فيهما واحد. وإنما شرط معاودة العيب عند المشتري؛ لأن الله تعالى قادر على إزالة تلك الآفة، فلا بُد من المعاودة. (وإن فعل ذلك) أي: فعل الصغير كلاً من هذه الأفعال عند المشتري (بعد بلوغه لم يردّه) لاختلاف السبب، فإن البول في الفراش في الصغير لضعف المثانة، وبعد البلوغ لدا في الباطن، والإباق من المولى أو مودعه عيب وإن كان مأذون السفر، ولو أبق من الغاصب إلى المولى؛ فليس بعيب، وإن أبق إلى غيره ولم يخرج من البلدة، إن كانت صغيرة بحيث لا يخفى الأبق على أهلها لا يكون عيباً. كذا في «التبيين».

وذكر في «الفوائد البرهانية»: ليس للمشتري أن يطالب البائع بالتأمين قبل عودته من الإباق، وإن كان البائع أقر به.

(إلا أن يوجد عند البائع بعد البلوغ) فحينئذ يردّه بذلك؛ لالتحاد السبب.

(وترد الأمة البالغة بالاستحاضة وانقطاع الحيض)؛ لأن كلاً منهما علامة الداء.

وفي «الكافي»: لا يقبل قول الأمة فيه في ظاهر الرواية، ولو أقام المشتري بينة على ثبوت الانقطاع عند البائع؛ لا يُسمع؛ لأنه لا يُعرف، ولو أقامها على الاستحاضة يُقبل؛ لأنها درور الدم، فيطلع عليه.

وفي «النهاية»: دعوى الانقطاع لا يُسمع إذا لم يُذكر مدة مديدة، وهي سنتان عند أبي حنيفة، وثلاثة أشهر عند أبي يوسف، وأربعة أشهر عند محمد، وكذا لا تُسمع ما لم يدع أن الانقطاع بسبب الحبل أو الداء؛ لأنه بدون هذين السببين لا يعد عيباً. والمرجع في الحبل إلى قول النساء، وفي الداء إلى قول طبيين عدلين.

¹ ح: الثوبين.

وفي «الغاية»: إنَّما يثبتُ بشهادتينِ حقَّ الخصومة في توجيه اليمين على البائع، لا حقَّ الفسخ؛ لأنَّه قويٌّ، وشهادتهنَّ ضعيفَةٌ، وروي عن محمد: أنَّها تردُّ بشهادتهنَّ من غير يمين البائع.

(والدَّفْر) وهو تنُّ الإبط، (والبحر) وهو تنُّ الفم، (والزنا وولد الزنا فيها) يعني: تردُّ الأمة لكلِّ واحدةٍ من هذه الصِّفات؛ لأنَّ الغالب أنَّ الافتراضَ مقصودٌ منها، وهذه الصفاتُ محلَّةٌ به.

وفي «الأمالي»: الزِّنا في الجارية عيبٌ وإن لم تُعده عند المشتري؛ للحق العار بأولادها.

(ولدائ في الغلام وعادة) وفيه لفٌّ ونشترٌ، يعني: الدَّفْر والبحر في الغلام إنَّما يكون عيبًا إذا كان عن داوٍ في باطنه، وكذا الزنا إنَّما يكون عيبًا إذا كان عادةً له، وذلك بأن وجد¹ أكثر من مرَّتين.

وفي «القنية»: اشترى عبدًا يُعملُ به عملٌ قوم لوط، فإن كان مجانًا؛ فهو عيبٌ؛ لأنَّه دليل الأبهة، وإن كان بأجرٍ؛ فلا، بخلاف الجارية، فإنَّه يكون عيبًا كيف ما كان.

(وبالكفر والجنون فيهما) أمَّا الكفرُ؛ فالأدنى المسلم ينفرُ عن صحبة الكافر للعداوة الدَّيبيَّة. وأمَّا الجنونُ؛ فلكونه من آفةٍ في الدِّماغ. ولو اشترى على أنَّه كافِّرٌ، فوجده مسلمًا؛ لا يرُدُّه عندنا خلافًا للشافعيِّ.

(وإذا حدث عند المشتري عيبٌ، واطَّل على عيبٍ قديمٍ؛ أخذ التَّقْصانَ)؛ لأنَّه أخذ منه سليمًا عن العيب الحادث، فتعدَّ رُدُّه مشغولًا به.

وطريقُ معرفة التَّقْصان: أن يَقوِّم المبيعَ معيَّنًا بالعيب القديم وسليمًا عنه، وما نقصه العيب إن كان عُشرًا من القيمة السَّليمة يرجع من البائع عُشرُ الثمن، وإن كان خُمسًا فخُمسه، كما إذا اشترى ثوبًا بعشرةٍ وقيمته مائة، فما نقصه العيب إن كان عشرةً يرجع من الثمن درهمًا، وإن كان عشرين فدرهمين.

(ولا يرُدُّه إلا برضا البائع)؛ لأن امتناع رَدِّه كان لحقِّه، فإذا رضي بالعيب؛ فقد رضيَّ بإسقاط حقِّه، فجاز.

(ولم يجيزوا الرَّد) أي: رَدُّ المبيع (مع ضمان التَّقْصان) أي: ضمان المشتري نقصان العيب الحادث، وأجازه مالكٌ؛ لأن مجوزَ الرَّد قائمٌ، وهو الاطلاعُ على عيبٍ قديمٍ، فيراعى حقُّ البائع بضمان التَّقْصان.

ولنا: إنَّ المبيع بعدما حدث فيه عيبٌ لم يكن عينٌ ما أخذه من البائع، فيمتنع رُدُّه إليه، فتعيَّن الرجوعُ بالنقصان رعايةً لحقِّ المشتري.

(ويحكم) أبو يوسف (بتحليف المشتري) أي: بأن يحلِّف القاضي المشتري (على نفي رضاه بالعيب) أو على نفي فعلٍ يطلُّ به حقُّ الرَّد، كالوطء والاستخدام بعد العلم بالعيب.

إنَّما لم يذكر هذا القيد مع أنَّه مذكورٌ في «المنظومة»؛ لأنَّ فعلًا ما يسقطُ به الرَّد كأنَّه جعله رضاً بالعيب، فاقصر عليه.

(وإن لم يدعه البائع) أي: رضا المشتري؛ لأنَّه لو حكم بالرَّد بلا تحليفٍ ربَّما ظهر منه ما يمنع الرَّد، وانتقض قضاؤه. وقال: لا يحلِّفه ما لم يطلبه البائع؛ لأنَّ اليمينَ حقُّه، فلا يثبت بدون طلبه.

(ولو قطع الثوب، فوجده معيبًا؛ رجع بنقصانه)؛ لأنَّ القطعَ عيبٌ حادثٌ، فامتنع به الرَّد، (ويردُّه) أي: المشتري الثوب (إن رضي به) أي: رضي البائع بأخذ ثوبه مقطوعًا، (فإن باعه) أي: المشتري الثوب بعدما قطعه (لم يرجع به) أي: بنقصان العيب؛ لأنَّه يبيعه صار حابسًا للمبيع معنيًا، ولو حبسه وأراد أن يرجع التَّقْصان؛ ليس له ذلك.

(ولو خاطه) أي: المشتري الثوب بعد قطعه، (أو صبغه أحمر) قيَّد به؛ ليكون الزيادة في المبيع ثابتةً اتِّفاقًا؛ لأنَّه لو صبغه أسود يكون نقصانًا عنده كالقطع، وقال: يكون زيادةً. (أو لَتَّ السَّويقَ بسمين) يعني: لو كان المبيع سويقًا، فخلطه بسمين، (ثم وجد العيب؛ رجع به) أي: بنقصان العيب، (ولم يكن للبائع أخذه) وإن رضي به؛ لأنَّ الرَّد بدون الزيادة غيرُ ممكنٍ، ومعها أيضًا؛ لأنَّ العقد لم يردَّ عليها، فلا يرد الفسخ.

اعلم أنَّ الخياطة إن كانت لولده الكبير؛ رجع بالتَّقْصان ما لم يسلم إليه، وإن كانت لولده الصَّغير لم يرجع؛ لأنَّه بالقطع لأجله صار واهبًا له، فصار حابسًا للمبيع، فلا يرجع به.

(ولو باعه) أي: المبيع بعدما زاد فيه بالخياطة أو غيرها؛ (رجع به) أي: بنقصان العيب؛ لأنَّ الرَّد امتنع قبل البيع بالزيادة، فلا يكون بالمبيع حابسًا للمبيع.

¹ ح: يوجد.

(ولو وجد العبد مباح الدم) لكونه قاطع الطريق أو مرتدًا، (فقتل عنده) أي: عند المشتري، (فله كل الثمن) يعني: ينتقض البيع، ويرجع المشتري على البائع بجميع الثمن عند أبي حنيفة.

(ولو قُطِع) أي: عضو العبد عند المشتري (بسرقه) عند البائع، (فهو مخير) عند أبي حنيفة، (إن شاء ردَّ) العبد (واستردَّ) الثمن، (أو أمسك) العبد (واستردَّ النصف) أي: نصف ثمنه من البائع؛ لأن اليد من الأدمي نصفه، فيجب عليه من بدله بحسابه.

(وقالا: يرجع بالنقصان فيهما) أي: في المسألتين، بأن يقوّم العبد في المسألة الأولى حلال الدم وحرامه، وفي المسألة الثانية واجب القطع وغير واجبه، فيرجع المشتري من الثمن فضل ما بينهما.

قيّد بالقتل؛ لأنه لو مات كان الثمن متقررًا على المشتري.

وقيّد القتل بكونه عند المشتري؛ لأنه لو قُتل عند البائع بطل البيع اتفاقًا. كذا في «المبسوط».

وذكر في «الحقائق»: لو وجده واجب الحدِّ، وأقيم الحدُّ عند المشتري، فمات؛ لا يرجع بشيء على البائع اتفاقًا، علم به أم لا.

لهما: إنَّ وجوب القتل لا ينافي الماليَّة، ولهذا صحَّ بيعه، ولو مات عند المشتري لتقرَّر الثمن عليه، فكذا إذا قُتل، والقطع عيب حدث عند المشتري؛ غاية الأمر: أنَّ سبب كلِّ منهما وجد عند البائع، فتعدُّ الردُّ، وتعيَّن الرجوع، كما إذا اشترى جارية حُبلى أو محمومة، فماتت في يد المشتري؛ يرجع بالنقصان.

وله: إنَّ كُلاً من القتل والقطع مضافٌ إلى سببه، فكان لنفس العبد أو يده مستحقُّ حال كونه عند البائع، فينتقض به قبضُ المشتري، فيرجع بالثمن كله في القتل، وينصفه في القطع، ومسألة الولادة والحُمى إن عِلِمَ أنَّها ماتت بهما؛ فعلى الخلاف أيضاً يرجع بجميع الثمن عنده. كذا رواه ابن منذرٍ عنه. ولئن سلم أنَّها وفاقيَّة؛ فالسبب غير موجب للموت؛ إذ الغالب فيهما السلامة.

وأصلُ الخلاف: أنَّ وجوب القتل أو القطع استحقاقٌ عنده، وعيبٌ عندهما، وثمرته تظهَر فيما إذا اشتراه وهو عالمٌ بوجوب القتل أو القطع لا يبطلُ حقه عنده؛ لأن العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع، ويبطلُ عندهما؛ لأن العلم بالعيب رضاً به، وفيما إذا سرق عند البائع، ثم عند المشتري، فُقطع بهما؛ يرجع بربع الثمن عنده، وبالنقصان عندهما.

(ولو ظهر بعد موت) أي: العيب بعد موت المبيع، (أو عتق، أو تدبير، أو استيلاء؛ رجع بالنقصان) أمّا في الموت؛ فلائ أنَّ امتناع الردِّ ثبت بغير صنعه. وأمّا في الإعتاق؛ فلائ أنَّ الملك انتهى به، فأشبه الموت. وأمّا في التدبير والاستيلاء؛ فلائ أنَّ تعدُّ الردِّ مع بقاء المحلِّ أمرٌ حكميٌّ ثبت بغير صنعه.

(أو بعد كتابة، أو عتق على مال، أو إباق) يعني: لو ظهر العيب بعدما كاتبه المشتري، أو أعتقه على مال، أو أبقي من عنده، (فهو) أي: رجوعُ النقصان (ممتنع) عند أبي حنيفة. (ويخالفه) أبو يوسف، ويقول: يرجع.

له في الكتابة والعتق على مال: إنَّ البدل والمبدل ملكه، فلا يكون بدلاً حقيقةً، فصار كالإعتاق بغير مال، وفي الإباق: إنَّ العجز عن الردِّ متحققٌ، والعود موهومٌ، فيرجع بالنقصان.

ولأبي حنيفة فيهما: إنَّ كلاً منهما إزالةُ الملك ببدلٍ، وفي الإباق: إنَّ عودَ الآبق وردّه ممكنٌ، وذلك مانعٌ من الرجوع.

(وهو بعد قتله وليس الثوب وأكل الطعام ممتنع) يعني: المشتري إذا قتل المبيع، أو لبس الثوب فتخرق، أو أكل ما اشتراه، ثم عِلِمَ العيب؛ لا يرجع بالنقصان عند أبي حنيفة. وقالوا: يرجع؛ لأن هذا القتل لا يتعلّق به حكمٌ دنيويٌّ كالضمان والقصاص، فصار كالموت، وأنَّ الأكل واللبس تصرفٌ مشروعٌ ومقرّرٌ لملكه كالتعق، فلا يمنع الرجوع.

وله: إنَّ هذا إتلافٌ للمبيع، وهو فعلٌ مضمونٌ، وسقط الضمانُ عنه بالملك، وسقوط الضمان كالبديل الحاصل له، فصار كالبيع، وشرطُ الرجوع: أن لا يكون مُسبباً للمبيع، وإمساكُ البديل كإمساك العين معني، فيبطلُ الرجوع، بخلاف الإعتاق؛ لأنه إنهاءٌ للملك وليس بإتلافٍ.

(ولو أكل بعضه) أي: بعض الطعام، ثم وجد عيباً فيه، (فالردُّ والرجوع) يعني: ردُّ ما بقي منه والرجوع فيما أكل كلاهما (ممتنعان) عند أبي حنيفة. (ويحكم به) أي: أبو يوسف بالرجوع (وبالردِّ إن رضي) البائع؛ لأن استحقاقَ الردِّ في الكلِّ دون البعض، فيتوقَّف على رضاه. (لا مطلقاً) وقال محمدٌ: يرُدُّ الباقي رضي به البائع أو لا؛ لأن ردّه ممكنٌ، والتبعض لا يضرُّه، ويرجع بالنقصان فيما أكل لتعدُّ ردّه.

¹ د: قبل.

وفي «الحقائق»: الخلافُ فيما إذا كان في وعاءٍ واحدٍ، فإن¹ كان في وعائين، فأكل ما في أحدهما أو باع، ثم علم بعيبٍ كان بكلِّ ذلك؛ فله ردُّ الباقي بحصته من الثمن اتِّفاقاً.

وفي «شرح الجامع الصغير» للفقير أبي الليث: المذرةُ في عشر بيضاتٍ يكون عيباً، وسبعةُ فاسدةٌ في مائة جوزٍ لا يكون عيباً؛ لأنَّها لا تخلو² عنها عادةً، وإن كانت³ الفاسدةُ أكثرَ منها؛ لا يصحُّ في الكلِّ عند أبي حنيفة، ويرجع بكلِّ الثمن؛ لجمعه في العقد بين ما له قيمةٌ وما لا قيمةَ له، فصار كبيعٍ حرٍّ وعبدٍ معاً. وعندهما: يصحُّ العقد فيما كان صحيحاً. وقيل: يفسد العقد في الكلِّ اتِّفاقاً؛ لأن الثمن لم يفصل. لكنَّ الأصحَّ: أنَّه يجوزُ عندهما؛ لأن الثمن ينقسم على أجزائه كالمكيل والموزون، لا على قيمته، فصار كما لو فصل ثمنه.

قالوا: هذا إذا وجدها خاويةً، وإن كان فيها لبُّ يصلح للعلف أو لأكلٍ بعض الفقهاء؛ لا يفسدُ العقد اتِّفاقاً؛ لأن لها قيمةً، فيرجع بنقصان العيب فيما كسره، ولا يرُدُّ الباقي، إلا إذا أقام البينة على أنَّ الباقي معيبٌ.

(ولو وجد أحدَ عبيدين معيباً) بعد شرائهما بصفقةٍ واحدةٍ (قبل القبض منعنا؛ ردّه وحده) بل يرُدُّهما معاً، أو يقبضهما معاً. وقال زفر: يرُدُّ المعيب⁴ خاصةً.

قَيَّد بقوله: «أحدَ عبيدين» إشارةً إلى أنَّ الخلافَ فيما إذا كان المبيعُ قيمياً، حتى لو كان مثلياً وكان من جنسٍ واحدٍ، ووجد في بعضه عيباً؛ لا يرُدُّ المعيبَ خاصةً اتِّفاقاً، وفيما إذا أمكن إفرادُ أحدهما بالانتفاع؛ لأنَّه لو لم يمكن كما إذا اشترى حُفَّين ووجد في أحدهما عيباً لا يرُدُّ المعيبَ خاصةً اتِّفاقاً.

وقَيَّد بقوله: «قبل القبض»؛ لأنَّه بعد قبضهما يجوز له ردُّ المعيب خاصةً اتِّفاقاً.

له: قياسٌ ما قبل القبض بما بعد القبض.

ولنا: إنَّ تمام الصَّفقة بقبض المبيع، ورُدُّ أحدهما قبل القبض تفريقٌ للصَّفقة قبل تمامها، فلا يجوز، كما لو باع منه شيئين، فقبِل أحدهما دون الآخر.

ذكر في «الهداية»: خلافُ زفر فيما بعد القبض، وجُعِلَ ما قبل القبض مقيساً عليه، والجامعُ دفعُ الضَّرر عن البائع. لعلَّ الرواية كانت مختلفةً عن زفر.

(ومن الرجوع بالنقص لو باع نصفَ عبدٍ اشتراه، ثم وجد به عيباً) يعني: إذا اشترى عبداً، ثم باع نصفه من رجلٍ، ثم وجد به عيباً؛ منع علماؤنا عن الرجوع بنقصان العيب في النصف الباقي. وقال زفر: يرجع من الثمن بحصة نقصان النصف الباقي؛ لأن العيب سببٌ للردِّ، لكنَّه تعدَّر لحدوث عيبِ الشركة فيه عند المشتري، فتعيَّن الرجوعُ.

ولنا⁵: إنَّ العيب الحادث حصل بصنعه، وهو بيعُ بعضه، فلا يرجع كما لو باع كله.

(ونمنع الرد بالعيب لوطنها ثيباً) يعني: إذا وجد بالأمة المشتراة التيب عيباً بعد وطئها لا يرُدُّها عندنا. وقال الشافعي: يرُدُّها.

قَيَّد بالتيب؛ لأنَّها لو كانت بكرًا فوطئها؛ لا يرُدُّها بالعيب اتِّفاقاً.

له: إنَّ وطئها كان حلالاً، ولم ينقص من ماليتها شيئاً.

ولنا: إنَّه بوطئه استوفى ماءها، وهو جزؤها، فإذا رُدَّها صار كأنه أمسك بعضها ورُدَّ باقيها.

(ولو باع ما اشتراه على آخر، فأراد) المشتري الثاني (ردّه بعيب) أي: بدعوى عيبٍ موجودٍ عند البائع الأوَّل يحدث مثله، **(فأنكر) المشتري الأوَّل ثبوت العيب عنده، (فبرهن) أي:** أقام المشتري الثاني بينةً على ما ادَّعاه، **(ورده) أي:** المشتري الثاني المبيع على المشتري الأوَّل بقضاء القاضي، **(يحكم له به على الأوَّل) أي:** يحكم أبو يوسف بأن يرده على بائعه، **(وهو) أي:** قول أبي يوسف **(روايةً) عن أبي حنيفة. (ومنعه) أي:** قال محمد: لا يرد؛ لأن المشتري الأوَّل أنكر عيب المبيع، فإذا أراد الردَّ على بائعه صار مدَّعيًا ثبوت العيب فيه، وذا تناقضٍ مانعٌ عن صحَّة الدعوى.

1 ح: وإن.

2 ح: يخلو.

3 د: كان.

4 د: المبيع.

5 د: قلنا.

ولهما: إنَّ المشتري الأوَّل صار مكذَّبًا بالبينة، فجعل إنكاره كعدمه، فيصحُّ دعواه.

قال صاحبُ «الحقائق»: موضع الخلاف دعوى وجود العيب عند البائع الأوَّل؛ إذ لو أقام بينةً أنَّه كان عند المشتري الأوَّل؛ ليس للمشتري الأوَّل أن يخاصمَ بانه اتِّفاقًا، فإنَّه ما جُعِلَ مكذَّبًا في إقراره بكونها سليمةً عند البائع الأوَّل من «المحيط».

قيدنا العيب بأن يحدث مثله؛ لأنَّه لو لم يحدث يردُّ المشتري الأوَّل على بائعه اتفاقًا.

وقيدنا الردَّ بالقضاء؛ لأنَّه لو كان بالتراضي ليس للبائع أن يردَّه على بائعه الأوَّل اتفاقًا، سواء كان عيبًا يحدث مثله أو لم يكن كالأصعب الزائدة؛ لأن الردَّ به فسخٌ في حقهما بيعةً جديدًا في حقِّ ثالثٍ، والبائع الأوَّل ثالثهما. كذا في «الكفاية».

وذكر في «المحيط»: من اشترى دينارًا بدهام، وقبض الدينار، فباعه من ثالثٍ، فردَّه على الأوسط بغير قضاء؛ كان للأوسط أن يردَّه على الأوَّل، ولا يشبهه هذا العروض؛ لأن الدينار لا يتعيَّن بالتعيين، فكان العقد واقعًا على دينارٍ في الذمَّة، وإنَّما يثبت الملك في هذا الدينار بالقبض، وقد انتقض القبض بالردِّ، فعاد إلى قديم الملك، وكان له أن يردَّه، وأما العروض؛ فإنَّما ملكت بال عقد عينًا، والردُّ بغير قضاءٍ عقدٌ جديدٌ في حقِّ الثالث، فلا يردّه.

وذكر في «التبيين»: هذا إذا كان الردُّ بعد القبض، وإن كان قبله؛ فله أن يردَّه على الأوَّل وإن كان بالتراضي في غير العقار؛ لأن بيع المبيع قبل القبض لا يجوز، فلا يمكن جعله بيعًا في حقِّ غيرهما. وأما في العقار؛ فلا يردُّه؛ لأن بيعه قبل القبض جائز، وقال محمدٌ: له أن يردَّه في العقار أيضًا؛ لأنَّه كالمقول عنده.

(ولو مات أحدُ الباعين، والآخرُ) أي: البائع الآخر (وارثه، فأراد) المشتري (الردُّ عليه) أي: على البائع الوارث (بعيب، فأنكر) ثبوت العيب (بأمر بتحليفه) أي: أبو يوسف بأن يحلف القاضي البائع (على البتات في حقِّ نفسه) فقط، بأن يقول: والله بعث هذا، وما للمشتري حقُّ الردِّ على من الوجه الذي يدَّعيه؛ لأن اليمين على العلم يحصل في ضمن اليمين على البتات. (وقال) محمدٌ: (وعلى العلم في حقِّ مورثه) يعني: يحلفه في حقِّ نفسه على البتات، وفي حقِّ مورثه على عدم العلم بالبيع؛ لأن المورث لو كان حيًّا؛ فله تحليفه على البتات، فيحلف وارثه على ما يليق به، وهو عدم العلم؛ لأنَّه قائم مقامه.

(ولو باعه على أنه بريء من شجرة، فإذا به شجرتان؛ يخيره) أي: أبو يوسف البائع (في تعيين المبرأ عنه) يعني: في تعيين الشجرة التي برئ عنها؛ لأن المبرأ هو البائع، وكان الخيار في التعيين إليه. (وجعله) أي: محمدٌ خيارَ التعيين (للمشتري)؛ لأن حقَّ الردِّ بالبيع له، وإنَّما يسقط هذا الحقُّ برضاه، فكان تعيين ما رضى به إليه.

وثمره الاختلاف تظهر فيما إذا تعدَّر ردُّ المبيع بعيبٍ حادثٍ أو بتغيره.

(ولو وجد) ربُّ السِّلْم (المسلم فيه معيبًا، وقد حدث آخرُ) أي: عيبٌ آخر عند ربِّ المسلم، (فإن قبل) أي: قبل المسلم إليه المسلم فيه بالبيع الحادث، (عاد السِّلْم) وانتقض القبض، (وله الإباء) يعني: للمسلم إليه أن يأبى عن القبول عند أبي حنيفة (من غير لزوم شيء)؛ لأن المعقود عليه في باب السلم الديني، والعيب غير الدين، فإذا قبض ربُّ السلم المسلم فيه يثبت في ذمته للمسلم إليه مثل ما قبضه، ثم يصير ذلك قصاصًا، فلو أخذ ربُّ السِّلْم للعيب شيئًا بعد وقوع المقاصَّة؛ لكان ذلك ربأً.

(ويأمر) أبو يوسف ربَّ السلم إذا أبى المسلم إليه عن القبول (بردِّ مثل المقبوض) أي: بأن يردَّ إلى المسلم إليه مثل ما قبضه، (والوفاء بالشَّرط) أي: بما شرط في عقد السلم من إيفاء غير المعيب؛ لِمَا مَرَّ من أصله من أنَّ الدائن إذا استوفى من غريمه زيوفًا، فأنفقها ثم علم أنَّها زيوف؛ يردُّ مثل الزيوف، ويرجع بالحياد.

(وحكم بالرجوع بالنقصان من رأس المال) يعني: قال محمدٌ: إذا أبى المسلم إليه عن قبول ما أعطاه؛ يدفع إلى ربِّ السلم حصَّة العيب القديم الذي في المسلم فيه من رأس المال، مثلًا: إذا كان رأسُ المال عشرة دراهم، والمسلم فيه مائة قفيزٍ من الحنطة الجيدة، فلمَّا قبض الحنطة عند حلول الأجل حدث فيها عيبٌ، وأطلع على عيبٍ كان فيها، فإن أبى المسلم إليه أن يقبله؛ وجب عليه أن يردَّه على ربِّ السِّلْم من رأس المال بقدر النقصان، حتى لو كانت قيمة هذه الحنطة عشرة دنانير بدون ذلك العيب وبسبب العيب انتقص دينارًا؛ وجب عليه أن يردَّه درهمًا واحدًا من رأس المال.

لمحمدٍ: إنَّ بعضَ المبيع منع عنه، فيرجع ببعض الثمن.

(ولو باع بشرط البراءة من كلِّ عيبٍ صحَّ)؛ لأن مقتضى البيع ثبوت الملك في المبيع، سواء كان معيبًا أو سليمًا، فشرط البراءة يكون مقرَّرًا لأحد نوعيه، فلا يفسد به العقد.

(ويحكم) أبو يوسف في الصورة المذكورة (بدخول الموجود) أي: العيب الموجود في المبيع عند البيع، (والحادث قبل القبض)؛ لأن غرضَ البائع أن يلزم العقد على المشتري، وذلك إنما يتمُّ بأن يعمَّ العيب الحادثَ والموجودَ. (وأخرج) محمدٌ (الحادث)؛ لأن البراءة إنما يكون عن العيب الموجود دون المعلوم وقت البيع. هذا إذا أطلق، وقال: من كلِّ عيبٍ، وأما إذا قال: من كلِّ عيبٍ به؛ لم ينصرف إلى الحادث اتفاقاً. قيّد بقوله: «قبل القبض»؛ لأن الحادث بعده غيرٌ داخلٍ اتفاقاً. (ولم نفسد البيع ولا الإبراء) وقال الشافعيُّ: يفسد كلاهما؛ لأن في الإبراء معنى التملك، ولهذا يرتدُّ بالردِّ، وتمليك المجهول غيرٌ صحيح، فيفسد البيع بهذا الشرط.

ولنا: إنَّ هذا الإبراء ليس فيه معنى التملك؛ لأنَّه ليس بإبراءٍ عن المال، بل عن الوصف، ولئن سلّم فهذه جهالةٌ لا تفضي إلى المنازعة، فلا تمنع صحة التملك، كما جاز بيع قفيزٍ من صبرة. (ولا أجزأه مع فساد الشرط المجهول) يعني: جاز عندنا البيع وشرط البراءة أيضاً. وقال زفر: البيع جائز والشرط فاسدٌ، أما فساد الشرط؛ فمعلومٌ من دليل الشافعيِّ، وأما جوازُ البيع؛ فمعلومٌ من دليلنا.

أقول: يفهم من الجملة الشرطية، وهي قوله: «ولو باع»، أنَّ صحَّة البيع بهذا الشرط اتفاقيةٌ، ومن قوله: «ولم نفسد البيع» أنَّها خلافةٌ، وجمعهما غيرٌ مناسبٌ، وكان الأولى أن يقول: ولو باع بشرط البراءة من كلِّ عيبٍ لم نفسد البيع ولا الإبراء، ولا أجزأه مع فساد الشرط المجهول، فيحكم بدخول الموجود والحادث قبل القبض، وأخرج الحادث.

(ولا نردُّ المصرة) أي: لا نجيز للمشتري أن يردَّ ما اشتراه إذا وجدها مصراً، وهي ما كانت قليلة اللبن، وشدَّ البائعُ ضرعها ليجمع لبنها، فيظنَّ المشتري أنَّها غزيرة اللبن، (مع لبنها، ولا مع صاع تمرٍ لفقده) وقال الشافعيُّ: يجوز له أن يردَّها مع لبنها إن كان قائماً، ومع صاع من تمرٍ إن كان هالِكاً، قليلاً كان اللبنُ أو كثيراً؛ لما روى أبو هريرة رضي الله عنه: أنه عليه السلام قال: «من اشترى محفلةً؛ فهو بخير النظرين ثلاثة أيام: إن شاء أمسكها، وإن شاء ردَّها وردها معها صاعاً من تمرٍ»¹، والمحفلة: هي التي اجتمع اللبنُ في ضرعها بالتصيرية أو بترك حلبها حتى يجتمع فيه.

ولنا: إنَّ الزيادة المنفصلة المتولدة عن المصرة. وهي اللبنُ. مانعةٌ عن ردِّها لما مرَّ بيانه قبيل فصل الوكيل بالبيع، وحديثُ أبي هريرة مخالفٌ لقوله تعالى: ﴿فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة، 194/2]، والصاعُ ليس قيمةً للبن حتى يكون مثلاً معنوياً، فيردُّ ولا يُعمل² به.

(وفي الرجوع بالنقصان) أي: في رجوع المشتري بنقصانها لتعدُّ ردها عندنا (روايان) عن أئمتنا، في رواية «الأسرار»: لا يرجع؛ لأن المشتري لم يصِر مغروراً بقول البائع، بل اغترَّ بكبرِ ضرعها، وغفل عن تفتيشها. وفي رواية الطحاوي: يرجع، وهو المختار؛ لأن البائع بفعل التصيرية غرَّ المشتري، فصار كما إذا أغرَّه بقوله: إنَّها لبونة.

(فصل في البيع الفاسد والباطل)

(إذا كان أحدُ العوضين غيرَ مالٍ كالحرِّ والميتة) وهي التي ماتت حتفت أنفها، (والدم) فإنَّ هذه الأشياء ليست بمالٍ عند أحدٍ، وأما جلد الميتة؛ فجعله صاحبُ «المحيط» كالخمر؛ لأنَّه مرغوبٌ فيه بين النَّاس، وجعله صاحبُ البزدويِّ كالميتة؛ لأنَّه جزؤها. وفي «الإيضاح»: لو نفى العوض، وقال: بعث هذا بغير ثمنٍ؛ يطلُّ، ولو قال: بعته، وسكت عن الثمن؛ يفسد؛ لأن البيع يقتضي المعاوضة، فعند السكوت يُحملُ على قيمته، فصار كأنه قال: بعته بقيمته، وهي مجهولة، فيفسد.

(بطل البيع، ولم يُقدِّ الملك) أي: ملك المبيع للمشتري وإن اتَّصل به قبضه، كما إذا باع ثوباً بميتة، (ويكون المبيع أمانة)؛ لأن العقد لَمَّا لم يُعتبر صار المبيع مقبوضاً بإذن البائع، فيكون أمانةً في يد المشتري، فإذا هلك لا ضمانٌ عليه. قيل: هذا قولُ أبي حنيفة، وعندهما: يكون مضموناً كالمقبوض على سؤم الثرى، وهو ما يأخذه المشتري لثريته بعد بيان الثمن حتى لو لم يبينه البائع، وقال: اذهب بهذا إن رضيتته اشتريته، فذهب به، فهلك؛ لا يضمن. كذا في «العيون».

وفي «فتاوى النسفي»: المقبوض على سؤم الثرى مضمونٌ وإن قال البائع: إن هلك فلا ضمانٌ عليك.

¹ صحيح البخاري، البيوع 64؛ السنن الكبرى للبيهقي، 319/5 بمعناه.

² د: فرد ولا نعمل.

(إذا كان منعقدًا بأصله) باعتبار أن كلاً من عوضيه مال، (دون وصفه) أي: غير منعقد بوصفه لثبوت الفساد فيه من حيث إنَّ أحدَ عوضيه مالٌ عند البعض دون الكلِّ، كالخمر والخنزير والميتة التي لم تُمَتَّ حتفَ أنفها، مثل الموقوذة والمنخقة، فإنَّ هذه الأشياءُ مالٌ عند بعض أهل الذمَّة، أو من حيث جهالته، أو من حيث مقارنة البيع بشرطٍ لا يقتضيه العقد، وهو منهِّي عنه، سيحييُ تفصيله.

(كان فاسدًا) كما يقال: فسد الجوهرُ إذا تغيَّر وصفه وبقي أصله، (يفسده كلُّ من المتعاقدين عند بقاء العين) لو قال: «فيجب فسده على كلِّ من المتعاقدين¹»؛ لكان أفيده؛ لأنَّ إعدامَ الفساد واجبٌ لحقِّ الشرع.

(ولو بعد القبض) قيِّد به؛ لأنَّ البيعَ الفاسدَ قبل قبض المبيع لا يفيدُ الملك، ففسده يكون امتناعاً عنه، وهو ظاهرٌ، وأمَّا بعد القبض؛ فيفسخُ العقدُ مع إفادته الملكَ إعدامًا للفساد المجاور له.

(إن كان الفساد قوياً) بأن كان في أحد العوضين، كما إذا باع درهمًا بدرهمين، أو ثوبًا بخمرٍ. (وإن كان) فسادُ البيع (بشرطٍ فسخ من له الشرط) يعني: من له منفعةٌ في الشرط، نحو: من له الأجل إلى الحصاد، أو من له الخيار المطلق، يصحُّ فسده بمحضٍ من صاحبه وإن لم يقبله الآخر. وإن كان الفسخ ممن ليس له منفعةٌ لا يصحُّ إلا بقبول الآخر أو بالقضاء.

ذكر في «الإيضاح» و«الكافي»: أنَّ هذا قولُ محمدٍ، ووجهه: أنَّ منفعةَ الشرط عائدةٌ إليه، فكان فسده صحيحًا. وأمَّا إذا فسخ الآخر؛ فقد أبطل حقُّ من له الشرط؛ لأنَّه كان قادرًا أن يسقط الأجل، فيصحُّ العقد.

وقال: لكلِّ من العاقدين الفسخ؛ لأنَّه حقُّ الشرع، ولهذا لم يُشترط فيه قضاء القاضي.

ولو مات البائع أو المشتري؛ فلوارثه أن يفسخ على المختار.

(ونحكم بإفادته الملك عند القبض بإذن البائع) وقال الشافعي: البيعُ الفاسدُ لا يفيدُ الملك بالقبض.

قيِّد به؛ لأنَّه بدون القبض لا يفيدُ الملك اتفاقًا؛ لأنَّ السببَ ضعيفٌ لا يفيدُ الملك إذا لم يتقوَّ بالقبض كالهبة.

وقيِّد بإذن البائع؛ لأنَّ القبض لو لم يكن بإذنه لا يفيدُ الملك اتفاقًا، وإذنه قد يكون دلالةً، بأن يقبضه المشتري في حضرة البائع ولا يمنعه، أو يقبض² البائع الثمن الصالح؛ لأنَّ يكون مملوكًا.

له: إنَّه بيعٌ محظورٌ، فلا يكون سببًا للملك الذي هو نعمةٌ.

ولنا: إنَّ البيعَ الفاسدَ مشروعٌ بأصله؛ لأنَّه مبادلةٌ مالٍ بمالٍ، فيفيدُ الملك بهذا الاعتبار.

قيل: إنَّه يفيدُ ملك التصرف في المبيع، لا ملك العين، بدليل أنَّ من اشترى أمةً بشري فاسدٍ؛ لا يحلُّ وطئها، أو طعانها لا يحلُّ أكُلها، أو دارًا لا تجوز الشفعةُ بها، والأصحُّ: أنَّه يفيدُ الملك، بدليل جواز إعتاقها، وإنَّما لم يجز التصرفات المذكورة؛ لأنَّ في الاشتغال بها إعراضاً عن الردِّ.

(ويكون) المبيعُ في البيع الفاسد إذا امتنع رده، أو هلك في يد المشتري (مضمونًا بالقيمة فيما يقوِّم، وبالمثل في المثلي)

أي: فيما له مثلٌ، وأمَّا لو رده المشتري على البائع، فلم يقبله، فأعاد المشتري إلى منزله، فهلك في يده؛ لا يضمن، كالعاصب إذا ردَّ المغصوب إلى المغصوب منه، فلم يقبله، فحمله إلى منزله، فضاع عنده؛ لا يضمن؛ لأنَّه يكون أمانةً.

وفي «الخانية»: هذا إذا كان فسادُ البيع متفقًا عليه، وإن كان مختلفًا فيه لا يبرأ المشتري عن الضمان إلا بقبول البائع، أو بقضاء القاضي على الفسخ.

(فلو ازدادت قيمته) أي: قيمة المبيع في البيع الفاسد بعدما قبض، (فاستهلكه) المشتري، (أو جبهها) أي: محمد قيمته (يوم

الهلاك)؛ لأنَّ قبل ذلك اليوم كان قادرًا على الردِّ والفسخ، وبالهلاك تقرَّر القيمة عليه، فيعتبر يوم تقررها. (وهما يوم القبض)؛ لأنَّ سببَ ضمان قيمته هو القبض، فيعتبر يومه.

قيِّد بزيادة القيمة؛ لأنَّه لو ازداد عينه يُقضى عليه بقيمتها يوم القبض اتفاقًا، وكذلك الحكم في الهلاك. كذا في «المصنف». إلا أنَّ المصنِّف وضع في الاستهلاك اتباعًا ل«المنظومة».

(وإذا باعه) أي: ما اشتراه بالبيع الفاسد (المشتري نقد) بيعه، وكذا إذا تصرف فيه من الاعتاق والهبة ونحوهما، وليس لأحدٍ

من العاقدين فسده؛ لتعلق حق العبد به. وأمَّا لو آجره أو زوجهها لا ينقطع حق الفسخ منهما؛ لأنَّ الإجارة عقدٌ ضعيفٌ يفسخ بالأعداء،

¹ د: العاقدين.

² د: يقبض.

وفسادُ البتري عذرٌ، والنكاحُ لا ينافي الفسخَ، فيفسخُ، ويردُّ على البائع، والنكاحُ على حاله. كذا في «التبيين». وأما البناءُ عليه؛ فيمنع الفسخُ عند أبي حنيفةٍ خلافًا لهما، سيأتي بيانهُ في باب الشفعة إن شاء الله.

(وإذا بيع الخمرُ بنقدٍ بطل)؛ لأن المقصودُ في البيعِ عينُ المبيعِ؛ لأنَّها هي المنتفعُ بها، لا عينُ الثمنِ، وإنَّما هي وسيلةٌ إليه، ولهذا يجوزُ ثبوتهُ في الذمَّةِ، وإذا جعل الخمرُ مبيعةً تكون مقصودةً، وفيه إعزازٌ، والشرعُ أمرُ بإهانتها، ولهذا بطلَ بيعُها.

(أو بعينٍ، أو عينٍ بها) يعني: إذا بيع الخمرُ بثوبٍ، أو بيع ثوبٌ بخمرٍ مثلاً، (فسد) البيعُ فيما يقابل الخمرَ في صورتين؛ لأنَّها جعلتُ وسيلةً إليه، فيملك الثوبُ فيهما بالقبضِ، وبطلَ في الصورة الأولى في حقِّ الخمرِ، حتى لا يُملكُ ولا يضمنُ بالقبضِ؛ لأنَّها غيرُ متقوِّمةٍ في الشرعِ.

(ويبطلُ بيعُ أمِّ الولدِ)؛ لأن استحقاقَ العتقِ ثابتٌ لها؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «اعتقها ولدها»¹، يعني: صار سببًا لعتقها، وهذا المعنى مرادٌ بالإجماع.

(والمكاتبُ) إنَّما بطلَ بيعُهُ؛ لأن المكاتبَ استحقَّ يدًا على نفسه بعقد الكتابة، فلا يتمكَّن المولى من فسخه، وفي بيعه إبطالٌ لذلك الاستحقاقِ اللَّازمِ في حقِّ المولى، فلا يجوزُ.

(وإذا رضى) المكاتبُ بيع نفسه؛ (فروايتان) عن أبي حنيفةٍ في جوازِ بيعه وعدمِ جوازه، (أظهرهما: الجوازُ)؛ لأن رضاه به متضمَّنٌ تعجيزٌ نفسه.

(ونبطلُ بيعَ المدبِّرِ المطلقِ) وهو الذي عُلقَ عتقه بالموت بلا قيدٍ، كقوله: أنت حرٌّ بعد موتي، أو إن متُّ فأنت حرٌّ. وقال الشافعيُّ: يجوزُ بيعُهُ.

قيدٌ بالمطلقِ؛ لأن بيعَ المدبِّرِ المقيدِ جائزٌ اتفاقًا، كما إذا قال: إن متُّ من مرضي هذا، أو إن متُّ في هذه السنة.

له: إنَّ التديبَ تعليقٌ بأمرٍ معدومٍ، فلا يكون مانعًا من التصرُّفِ فيه قبل وجودِ الشرطِ كسائرِ التعليقاتِ.

ولنا: قوله صلى الله عليه وسلم: «المدبِّرُ لا يباعُ، ولا يوهبُ، ولا يورثُ»².

اعلم أنَّ المرادُ من بطلانِ بيعِ هؤلاء: أنَّ المشتري لا يملكهم بقبضهم كما يملكُ المبيعَ في سائرِ البياعاتِ الفاسدةِ، لا أنَّ بيعهم باطلٌ في نفسه؛ إذ لو كان كذا لسرى الفسادُ إلى القريِّ إذا بيع مع أحدهم، كما إذا يسري إليه إذا بيع مع الحرِّ، وليس كذلك.

(ولو جمع بين حرٍّ وعبدٍ) أو ذكيةً وميتةً، فباعهما بصفقةٍ واحدةٍ، (وفصلُ الثمنِ) بأن سئى لكلٍ منهما ثمنًا على حدةٍ، (فالفسادُ سارٍ) عند أبي حنيفةٍ من الحرِّ إلى العبدِ. وقالوا: البيعُ جائزٌ في حصَّةِ العبدِ.

قال المصنِّفُ في «شرحه»: الفسادُ ههنا مجازٌ عن البطلانِ، وهو من لفظِ أبي حفصٍ.

وأقول: ذهب إلى هذا التجوُّزُ؛ لأن هذا البيعُ في الحرِّ كان باطلًا لا فاسدًا، لكن لزم منه محدوٌّ آخرٌ، وهو أنَّ البطلانَ لو كان ساريًا إلى القريِّ؛ يلزم أن يبطلَ بيعُهُ كالحرِّ، وليس كذلك، بل الوجهُ: أن يردَّ من الفسادِ: عدمُ الجوازِ ليتناولَ الحرَّ.

قيدٌ بتفصيلِ الثمنِ؛ لأنَّه لو لم يفصِّله، وسئى لكليهما ثمنًا واحدًا؛ فالبيعُ باطلٌ اتفاقًا.

لهما: إنَّ الصَّفقةَ متعدِّدةٌ معنَى بتفصيلِ الثمنِ، فلا يسري الفسادُ من إحداهما إلى الأخرى، كما لو جمع بين أخته وأجنبيةٍ، فنزوَّجهما.

وله: إنَّ ركنَ العقدِ. وهو الإيجابُ والقبولُ. متَّحدٌ فيهما، فاستحال جعلُهُ متعدِّدًا فيهما، فإذا فسد العقدُ في بعض المبيعِ؛ فسد في البعض الباقي بالضرورة، وإنَّما فسد في القريِّ؛ لأن قبولَ العقدِ في الحرِّ كان شرطًا في قبوله في القريِّ، وإنَّه شرطٌ فاسدٌ؛ لأن الحرَّ ليس بمالٍ، وكان بدلُهُ خاليًا عن العوضِ، فإذا قال: بعْتُهما بألفٍ؛ صار كأنَّه قال: بعثُ هذا العبدَ بخمسمائةٍ على أن تسلِّمَ إلى خمسمائةٍ أخرى، وهو عينُ الربا، بخلاف النكاحِ، فإنَّه لا يبطلُ بالشرطِ الفاسدةِ.

(أو بين عبده وعبد غيره) يعني: لو جمعهما، فباعهما معًا، (صحَّ) العقدُ (في عبده بالحصَّةِ) من الثمنِ اتفاقًا؛ لأن عبدَ الغير محلٌّ للبيعِ، فدخل في العقدِ، ثم توقَّفَ على إجازة المالكِ، وصحَّ³ في ملك نفسه بالحصَّةِ.

¹ سنن ابن ماجه، العتق 2؛ مصنف عبد الرزاق، 233/7.

² سنن الدارقطني، 245/5؛ السنن الكبرى للبيهقي، 314/10، بدون لفظ: «ولا يورث».

³ د: فصح.

(أو مدبرٍ) يعني: لو جمع بين عبده ومدبرٍ، (أو مكاتبٍ، أو أم ولدٍ) أي: لو جمع بين عبده ومكاتبٍ أو أم ولدٍ، (أجزناه فيه بها) أي: جاز البيع في عبده بالحصة عندنا. وقال زفر: لا يجوز؛ لأنهم ليسوا بمحلٍ للبيع، فصار كما لو جمع بين حرٍّ وعبدٍ. ولنا: إنَّ بيع المدبرِ وأمَّ الولدِ جائزٌ بقضاء القاضي، وبيع المكاتبِ جائزٌ برضاه في الرواية الظاهرة، فدلَّ هذا على أنَّهم مألٌّ، فدخلوا ابتداءً في العقد، ثم خرجوا عنه؛ لاستحقاقهم أنفسهم باتِّصال الحرية بهم من وجهٍ، فصار جمعُ العبدِ مع كلِّ منهم بمنزلة بيعِ عبيدين استحقَّ أحدهما.

وفي «الحقائق»: «الجمع بين العبدِ ومعتقِ البعض كالجمع بين العبدِ والحرِّ؛ لأنَّ كتابةَ معتقِ البعض لا يقبلُ الفسخ وإن عجز عن السَّعاية.

(ونصحَّ شراء كافرٍ مسلمًا، أو مصحَّفًا مع الإجماع على إخراجهما عن ملكه) وقال الشافعي: لا يجوز؛ لأنَّ في جوازه إذلالًا بهما من جهةٍ مملوكيَّتهما للكافر، ولهذا لم يجزَّ نكاحُ الكافر المسلمة.

ولنا: إنَّ البيعَ صدرَ من أهله مضافًا إلى المحلِّ، فوجب انعقاده، ولكن يُجيزُ على الإخراج دفعًا للذللِّ المذكور، كالمحرم إذا أخذ صيدًا يملكه ويؤمِّرُ بإرساله.

قيَّد بالشراء؛ لأنَّ الكافرَ لو استأجر مسلمًا للخدمة جاز اتِّفاقًا؛ لأنَّه يأخذُ الأجرةَ، فيكون عاملًا لنفسه معنيًا، ولكنَّه يُكره؛ لأنَّ فيه استهانةً بصورةً.

(ولو عقد على جنسٍ، فظهر خلافه، كياقوتٍ ظهر زجاجًا؛ بطلَ)؛ لأنَّ المسمَّى معدومٌ، والعقدُ تعلقٌ به، فبطلَ لعدم المحلِّ. (أو اختلفا في الوصف) يعني: لو كان ما ظهر من جنسٍ ما عُقدَ عليه، واختلف وصفهما، (والتفاوتُ) بين الوصفين في الأغراض (فاحشٌ) وهذه الجملةُ الاسميَّةُ حالٌ، (كغلامٍ) أي: كجميعِ اشتراه على أنَّه غلامٌ، ثم (ظهر جاريةً، أو هرويًّا) أي: كتوبِ اشتراه على أنَّه هرويٌّ، أي: منسوبٌ إلى هراة، (فكان مرويًّا) أي: ثوبًا منسوبًا إلى مراء، وهو اسمُ بلدٍ، (أبطلناه). وقال زفر: يجوزُ بيعُه؛ لأنَّ جنسَهما واحدٌ، لكنَّه يتخيَّرُ؛ لفوات الوصفِ المرغوبِ فيه.

ولنا: إنَّ المقصودَ من البيعِ: حصولُ غرضِ المشتري من المبيعِ، فإذا لم يحصلِ صار كأنَّه ليس من ذلك الجنسِ. قيَّد التفاوتُ¹ بالفاحشِ؛ لأنَّه لو لم يكن فاحشًا لا يفسدُ البيعُ، كما إذا اشترى جاريةً على أنَّها صغيرةٌ، فإذا هي بالغةٌ، أو كبشًا، فظهر نعيجه؛ لأنَّ المقصودَ من الأوَّل: الخدمةُ، ومن الثاني: الأكلُ.

وعن أبي حنيفة: أنَّه أثبتَ الخيارَ فيما لم يفحشَ؛ لفوات الوصفِ المرغوبِ. وفي «الخلاصة»: لو اشترى أرضًا على أنَّها خاليةٌ عن التَّوائبِ الديوانيةِ، أو على أنَّ قانونها كذا، فإذا هو أكثرُ، فله أن يردَّها. ولو اشترى ثوبًا على أنَّه حرٌّ، فإذا لُحِّمته حرٌّ وسداه قطنٌ؛ لا يردُّه؛ لأنَّ اللحمةَ أصلٌ.

(ويتوقَّفُ بيعُ المرهونِ والمستأجرِ) بفتح الجيم، يعني: إذا باع الرهنُ الرهنَ، أو المؤجِّرُ العبدَ المستأجرَ، فإنَّه يتوقَّفُ على إجازة المرتهنِ والمستأجرِ، إلا أنَّ² المرتهنَ يملكُ نقضَ البيعِ ويملكُ إجازته، والمستأجرُ يملكُ الإجازةَ ولا يملكُ النقضَ، فإنَّ لم يُجزَّ المستأجرُ حتى انفسخت الإجازةُ بينهما؛ نفذ البيعُ السابقُ. كذا في «الخانية».

(في الأصحِّ) قيَّد به احترازًا عمَّا قال بعضُ أصحابنا: إنَّه فاسدٌ؛ لأنَّ البائعَ غيرُ قادرٍ على تسليمه؛ لتعلُّقِ حقِّ الغيرِ به. وإنَّما اختير قولٌ من قال: إنَّه موقوفٌ؛ لأنَّ العقدَ وردَ على ملكِ نفسه، ويجب أن ينفذ³، وتعلُّقِ حقِّ الغيرِ به إنَّما يؤثِّرُ في عدم لزومه دون إفساده، والقدرةُ على التَّسليمِ عقيب العقدِ غيرُ لازمةٍ، فإنَّ فكَّ الرهنِ وفسخُ الإجازةِ ممكنٌ، وإذا أجازهُ المستأجرُ أو المرتهنُ، وردَّ المشتري المبيعَ بعيبٍ، قيل: لا يعودُ عقدُ الرهنِ والإجازةِ، وقيل: يعودُ كما إذا تحمَّرَ الرهنُ بطلَ حكمه، ثم إذا تخلَّلَ عاد رهنًا. (ويفسدُ بيعُ ما تعدَّرَ تسليمُه) لفوات المقصودِ من العقدِ بفوات التَّسليمِ.

(كالباقِ عند غيرِ المشتري) قيَّد به؛ لأنَّه لو كان عند المشتري؛ صحَّ بيعُه لزوال المانع، وهو العجزُ عن التَّسليمِ، لكن لا يكون ذلك القبضُ نائبًا عن قبضِ المبيعِ إذا أشهد على نفسه أنَّه أخذه ليردَّه على مالكه؛ لأنَّ قبضَه ذلك قبضُ أمانةٍ، وهو ضعيفٌ، وقبضُ المبيعِ قويٌّ؛ لكونه مجبورًا عليه، فالضعيفُ لا ينوبُ منابَ القويِّ. وإن لم يكن أشهد على نفسه عند أخذه؛ يكون نائبًا عنه؛ لأنَّ قبضَه

¹ ح: الفوات.

² د: لأن.

³ ح: ينفذ.

ذاك قبضُ غصبٍ، وهو مضمونٌ كقبض المبيع، فينوبُّ عنه. وعند أبي يوسف: قبضُه لا يكون نائبًا عنه في هذا القسم أيضًا؛ لأنَّه يكون أمانةً بلا شرطٍ الإشهاد عنده.

(والسَمَكُ والطيرُ) أي: يفسدُ بيعهما (قبل صيدهما)؛ لأنَّ كلاً منهما غيرُ مملوكٍ.

قيدٌ به؛ لأنَّه لو أخذ السمكَ وألقاه في الحظيرة، أو هيئاً له موضعاً، فدخل فيه بحيث لا يمكنه الخروج؛ ولا يفسدُ بيعه إذا لم يحتج في أخذه إلى تكلفٍ، وكذا إذا باع طيراً له يطيرُ في الهواء إن كان بحيث يعود إلى بيته ويأخذه بلا تكلفٍ يجوز.

(وأفسدوا تملك الدَّين من غير من هو) أي: الدين (عليه) وقال مالكٌ: يجوز؛ لأنَّه مالٌ قابلٌ للتَّمليك، ولهذا يجوز الشِّراءُ

به، فيجوز تملكه، كما لو ملكه ممن عليه الدين.

ولنا: إنَّه تملك ما لا يقدر على تسليمه؛ لأنَّه عاجزٌ عن تسليم ما في ذمَّة الغير، فأما تملكه ممن عليه؛ فإسقاطٌ لا يقتضي

التَّسليم.

وفي «القنية»: لو وهبت مالها على زوجها من ابنه الصَّغير صحَّ؛ لأنَّه هبةٌ الدين من غير من عليه يجوزُ إذا سلَّطه على القبض، وللأب¹ ولاية القبض لولده الصَّغير، فكان قبضُه كقبض الصَّغير، فكأنَّها سلَّطت الصَّغير على قبضه.

وفي «الحقائق»: فإن قلت: جَوِّزتموه في الحوالة.

قلت: ذكر في «الجامع الكبير» لقاضيخان: إنَّما يجوزُ؛ لأنَّه تملكٌ حكماً لا قصداً، فكم من شيءٍ يثبت ضمناً لا قصداً؟

(ويفسد بيع الأوصاف والأتباع كألية شاة حيَّة) أليةُ الشاة بفتح الهمة وسكون اللام: ذئبها، وإذا ثنيت قلت: أليان بدون التاء.

كذا في «الصحاح». هذا مثلاً للأوصاف، فيبيحها قبل الذبح حرام، وإلزام الذبح على البائع إضراراً.

(وكل الحمل والنتاج) فإنَّهما أتباعُ، الحملُ يفتح الحاء وسكون الميم: ما كان في البطن من الولد، والنتاجُ: ما سيحدث في البطن

منه، ويحتمل أن يراد بالحمل: حمل الإنسان، وبالنتاج: نتاج غيره، وأن تكون الألفُ واللامُ في «النتاج» بدلاً من المضاف إليه، أراد به:

نتاج الحمل؛ لما روي أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحَبلة وحبل الحَبلة².

(واللبن في الضرع) لنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيعه فيه³. (ولبن المرأة) في قدح، (ولا نجيزه مطلقاً) يعني: بيعُ لبن امرأةٍ

في القدح حرَّة كانت أو أمة غير جائزٍ عندنا. وقال الشافعيُّ: يجوزُ؛ لأنَّه مشروبٌ طاهرٌ تعلَّقَتْ به منفعةٌ، فيجوز بيعه كالعصير.

ولنا: إنَّ جزءَ الأدمي مكرَّم، وفي بيعه إهانةٌ.

(ويجيزه في الأمة) يعني: بيعُ لبن الأمة جائزٌ عند أبي يوسف؛ لأنَّ البيع يرد على نفسها، فيجوز أن يردَّ على جزءها.

ولهما: ما مرَّ من الدليل. وأما إيرادُ البيع على نفس الأمة فإنَّما جاز؛ لأنَّ الرقَّ وصفٌ لجمعها؛ لكونها محلَّ القوة، واللبنُ لا

حياةٌ فيه، فلا يحلُّه الرقُّ.

(ويجيز) أبو يوسف (بيع الصوف على ظهر الغنم)؛ لأنَّه مالٌ مقدورٌ التسليم في الحال، فيجوز كبيع الفصيل. وقالوا: لا يجوزُ؛

لأنَّ الصوفَ ينمو من أسفل، ألا يرى أنه إذا حُضِبَ وترك زماناً يقع المخضوبُ على رأسه لا أصله؟ فيلزم الاختلاط، وإنَّما جاز بيعُ

أغصان الخراف إن بَيِّنَ موضعُ قطعها؛ لأنَّه ينمو من أعلاه، ألا يرى أنه إذا رُبِطَ خيطٌ في رأس غصنٍ وترك أياماً يبقى الخيطُ أسفل مما

في رأسه؟ وأما بيع الكُرَّاث؛ فجائزٌ وإن كان ينمو من أسفل للتعامل. كذا في «التتمة».

(ويفسد بيع ما لا يتبعض إلا بضرر) على البائع، (كذراع من ثوبٍ، وجذع في سقفٍ)؛ لأنَّه لا بُدَّ له من تسليمه، فإذا لحقه

ضررٌ فيه ربَّما لا يرضاه، فيرجع عن قوله، فيفضي إلى التَّزاع.

قيدٌ بالضرر؛ لأنَّه لو باع ما يتبعَّض بلا ضررٍ كففيزٍ من صبرةٍ أو ذراعٍ من كرابسٍ غير مهَيَّأة للبس جاز.

فلو قطع الذراعُ أو قلع الجذع قبل الفسخ؛ عاد العقد صحيحاً، بخلاف ما إذا باع جلدَ حيوانٍ وذبحه وسلَّمه، أو باع نوى تمرٍ

وشقَّه وسلَّمه، حيث لا يعود صحيحاً؛ لأنَّ اتصالَ الجلد والنوى خلقيٌّ، فصار العجزُ فيه أصلياً، بخلاف اتِّصال الجذع والثوب، فإنَّه

بصنع المخلوق.

¹ ح: فلأب.

² صحيح البخاري، البيوع 61؛ فضائل الصحابة 56؛ صحيح مسلم، البيوع 5.

³ مصنف ابن أبي شيبة، 289/11؛ المعجم الأوسط للطبراني، 104/4.

(وللجهالة) يعني: يفسد البعُ لجهالة¹ المبيع إذا لم يكن فيه خيارٌ التَّعيين للبائع أو المشتري، (كنوب من اثنين) أي: كبيع ثوبٍ من ثوبين أو من ثلاثة أثوابٍ، ولو باع ثوبًا من أربعة أثوابٍ لا يجوزُ وإن شُرط فيه خيارُ التَّعيين؛ لأن الحاجةَ إلى التَّعيين تندفعُ بالثلاثة بوجود الجيد والوسط والرديء، فلم يحز فيما وراءها. كذا في «التبيين».

(وضربة القانص) يعني: يفسدُ بيعُ ضربة القانص، وهي ما يخرج من الصيد بضربة الشبكية مرةً، إنَّما فسد؛ لأنَّه مجهولٌ. (وبالقاء الحجر، والملازمة، والمنابذة) هذه بيوعٌ كانت في الجاهليَّة، كان الرجلان يتساومان المبيع، فإذا لقي المشتري عليه حصاةً أو كَمسه أو نبذه البائعُ إليه؛ لزم البعُ، ففسدت؛ لورود النهي عنها؛ لِمَا فيه من معنى التعليق، كأنَّه قال: إن ألقيت عليه حجرًا فهو لك.

(وبيع المحاقلة²) وهو بيعُ الحنطة في سُنبلها بحنطةٍ مثل كيلها تقديرًا؛ لأن الجهالة في المماثلة تفضي إلى الربا. (ونفسد³ المزبنة) وهي بيعُ الرطب على النَّخل بتمرٍ مجدودٍ مثل كيله تقديرًا، (ولو فيما دون خمسة أوسق) يعني: هو فاسدٌ عندنا سواء كان ما قُدِّر أقلُّ من خمسة أوسق أو أكثر. وقال الشافعيُّ: يجوز إذا كان أقلُّ من خمسة أوسق، وإن زاد عليها لا يجوزُ إجماعًا، وفي خمسة أوسقٍ له قولان.

له: ما⁴ روي أنَّه صلى الله عليه وسلم نهى عن المزبنة، ورخص في العرايا⁵، وهو بيعُ الرطب كما ذكر فيما دون خمسة أوسق. ولنا: قوله صلى الله عليه وسلم: «التمرُّ بالتمر مثلاً بمثلٍ»⁶، وهنا لا يعرف المماثلة، فلا يجوز، والعريَّة فيما رواه محمولةٌ على أنَّ رجلًا أعرى. أي: وهب. ثمرة نخلةٍ من بستانه لرجلٍ، ثم شقَّ على الواهب دخولَ الموهوب له في بستانه، ولم يرضَ رجوعه، فوهب تمرًا مجدودًا عوضًا عنه، فرخصَ صلى الله عليه وسلم في ذلك؛ لأن الموهوبَ لم يكن ملنًا للموهوب له ما دام متصلاً بالنخلة، وأنفق ذلك فيما دون خمسة أوسق، فنقل الراوي كذلك، وسماها بيعًا مجازًا؛ لثبوت صورة المعاوضة فيهما.

(ونجيزُ بيعُ الدهن النَّجس) المرادُ به: ما خالط نجسًا، لا نجسَ العين، (والانتفاع به في غير الأكل) كاستصباح والدِّباغة وغيرهما. وقال الشافعيُّ: لا يجوز؛ لأن ما هو نجسٌ مأمورٌ بهجرانه؛ لقوله تعالى: ﴿وَالرُّجْزَ فَاهْجُرْ﴾ [المدثر، 5/74]، وذلك مشعرٌ بسقوط ماليته، وكونه كودك الميتة.

ولنا: إنَّ عينَ الدهن مالٌ، وإنَّما حرُمَ أكله لمخالطته النَّجاسة، وبها لا يخرج الدهنُ من كونه مالًا، بخلاف الوذك؛ لأنَّه جزءُ الميت⁷، فلا يكون مالًا.

(ومنعوا بيعُ ما أصله غائب) كالشَّلجم ونحوه، (وبعضه معدومٌ) كالورد ونحوه، (تبعًا للنَّاجم) أي: للظاهر فيما أصله غائب، (والموجود) فيما بعضه معدومٌ. وقال مالكٌ: يجوز لتعامل الناس عليه، وبه أفتى بعضُ مشايخنا عملاً بالاستحسان. وعن محمد: جوازُ بيع الورد في الأشجار.

وفي «الخانية»: هذا فيما إذا نبت الشَّلجم⁸ ونحوه، ولم يعلم وجوده، وأما إذا غلِمَ يجوز، وله خيارُ الرؤية، ولا يبطل خياره ما لم ير الكلَّ عند أبي حنيفة، ويبطل عندهما برؤية البعض، وعليه الفتوى. وورقُ الفرساد كالورد.

(وأجاز) محمدٌ (بيعُ النحل⁹ المحرز) أي: المجموع في إناءٍ، (ودود القَرَّ وبيضه مطلقًا) أي: بانفردهما وتبعًا لغيرهما، (وهما الأوليين¹⁰ تبعًا) يعني: صاحباها أجازا بيعُ النحل تبعًا لكوارته، ودود القَرَّ تبعًا لقَرَّه، ولم يحيزا بيعهما على الانفراد، ولا بيعُ بيض الدود مطلقًا.

1 د: بجهالة.

2 د: المحاقلة.

3 ح: وتفسد.

4 د: لما.

5 صحيح البخاري، المسافات 18؛ صحيح مسلم، البيوع 70.

6 صحيح مسلم، المسافات 81؛ سنن الترمذي، البيوع 23.

7 ح: الميتة.

8 د: السلجم.

9 د: النخل.

10 د: الأولين.

قيد بالمحرز؛ لأنه لو لم يكن محرراً لا يجوز بيعه اتفاقاً.

له: إن كلاً منهما مأل يضمن فيه ويتولد منه ما ينتفع به، فيصح بيعه كبزر البطيخ.

ولهما: إن النخل والدود من الهوام، فلا يجوز بيعهما¹ كالزنابير، وأما بيضه؛ فلأنه غير منتفع به باعتبار ذاته ولا باعتبار غيره؛ لأن ذلك الغير معدوم.

أورد الكرخي على قولهما: بأن الشيء إنما يدخل في العقد تبعاً لغيره إذا كان من حقوقه كالشرب والطريق، وهذا ليس كذلك.

والفتوى على قول محمد. كذا في «الذخيرة».

(ويفسد بشرط لا يقتضيه العقد، وفيه منفعة لأحد) من البائع والمشتري والأجنبي والمبيع الأدمي. كذا في «التبيين».

وأما قول صاحب «الهداية»: وفيه منفعة لأحد المتعاقدين أو المعقود عليه؛ فيحمل على اعتبار الغالب.

وإنما فسد؛ لما روي أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع بشرط².

وفي «الغاية»: استثنى من هذا الحكم ما ورد الشرع بجوازه، كشرط الخيار والأجل، وما جرى³ التعامل فيه، كشراء النخل على أن يحذوها البائع، أي: يسويها بصاحبها، أو يجعل لها شيئاً، وما كان مقتضى العقد، كشرط الملك للمشتري، وما كان ملائماً له، كشرط الرهن أو الكفالة، لكن إنما يصح هذان الشرطان إذا كان الرهن معلوماً والكفيل حاضرًا، ولو لم يسلمهما المشتري لا يجبر عليه، وللبائع أن يفسخ العقد.

وفي «المنتقى»: إنما يفسد⁴ البيع بشرط إذا ذكره بكلمة «على»، وأما إذا ذكره بحرف الشرط كما إذا قال: بعث إن كنت تعطيني كذا؛ فالبيع باطل.

وفي «الفتاوى الصغرى»: إذا اختلفا في الصحة والفساد؛ فالمختار أن القول لمن يدعي الصحة، وإذا اختلفا في الصحة والبطالان؛ فالقول لمن يدعي البطلان؛ لأنه منكر للعقد.

(ففسده بشرط العتق) هذا تفرغ للأصل السابق. وقال الشافعي: لا يفسد به البيع.

قيد بشرط العتق؛ لأنه يوافقنا في فساد البيع بسائر الشروط، وإنما جوزه بهذا الشرط قياساً على جواز البيع ممن يعلم أنه يعتقه.

ولنا: ما روي من النهي عن بيع بشرط، وهذا الشرط فيه منفعة للمعقود عليه، وفيما قاس عليه الشافعي انعدام الشرط.

(فإن أعتقه) المشتري بعدما شرط في عقده العتق، (فالثمن لازم) يعني: واجب، والعقد انقلب صحيحاً عند أبي حنيفة. (وقالا: قيمته) واجبة عليه؛ لأن العقد فسد بالشرط، أعتق أو لم يعتق، (وهو رواية) عن أبي حنيفة.

وله: إن الشرط وإن لم يلائم العقد لذاته، لكن شرط العتق لائمه من حيث الحكم؛ لأنه منه للملك ومقرّر له، وهذا هو الاستحسان.

وفي «الحقائق»: الخلاف فيما إذا أعتقه المشتري بعد القبض، أما قبله؛ فلا يصح الإعتاق.

(ويفسد بشرط تدبير وكتابة واستيلاء)؛ لأن هذه شروط لا يقتضيه العقد، وفيه منفعة للمعقود عليه، فيفسد به.

(واستخدام البائع شهراً) يعني: يفسد بشرط أن يستخدم البائع المبيع أو المشتري شهراً، ويجوز أن يجعل المصدر مضافاً إلى مفعوله، أي: استخدام المشتري البائع؛ لأنه شرط لا يقتضيه العقد، وفيه منفعة لأحد المتعاقدين.

(وقرض وهدية وسكنى دار) سواء كان هذه المنافع مشروطة للبائع أو للمشتري.

(وخيطة البائع المبيع، وحذوه) أي: تقديره وتسويته بشيء آخر، وهذه الشروط تفسد البيع؛ لأنها غير متعارفة.

وفي «النوازل»: لو قال: بعث منك هذا على أن أحط من ثمنه كذا جاز، ولو قال: علي أن أهب منك كذا؛ لم يجز بيعه؛ لأن الحط ملحق بأصل العقد، ويكون البيع بما وراء المحطوط.

(ويبيعها بشرط وطء المشتري فاسد) عند أبي حنيفة. وقال: لا يفسد بهذا الشرط؛ لأن جواز التصرف في المبيع بلا مانع من مقتضيات العقد.

1 د: بيعها.

2 المعجم الأوسط للطبراني، 335/4؛ شرح مختصر الطحاوي للجصاص، 37/4.

3 د: يجري.

4 د: يفسد.

له: إنَّ لزوم وطء الجارية المشتراة لا يقتضيه البيع، وفي هذا الشرط منفعة للبائع؛ لأنَّه إذا وطَّعها المشتري يمتنع¹ الرد بالعيب، فيفسد به.

(وأجازه) محمد (بشرط عدمه) أي: بشرط أن لا يطأها المشتري. وقالوا: لم يجز البيع بهذا الشرط.

له: إنَّه شرط لا نفع فيه لأحد، فلا يفسد به العقد.

ولهما: إنَّ فيه منفعة للبائع؛ لأنَّها لو ولدت من المشتري، وظهر لها مستحق، وأخذ الجارية بقيمة ولدها القائم يوم الخصومة؛ يرجع المشتري على البائع بما آذاه، وإذا لم تَلِدْ من المشتري لا يكون على البائع قيمة الأولاد.

(ويفسد باستثناء الحمل) كما إذا قال: بعث هذه إلا حَمَلَهَا؛ لأنَّه جزءٌ منها ومتَّصلٌ بها خلقاً، وتسليمُ المبيعة بدونه غيرُ

ممكِن.

ولو استثنى قفيزاً في بيع ضبرة يجوز؛ لإمكان تسليمه، ولو باع قطع غنم، واستثنى منها شاةً بغير عينها؛ لا يجوز؛ لأن تسليمها مفضٍ إلى منازعة.

(وبالتأجيل في المبيع المعين)؛ لأن الأجل شرع للترفيه في التحصيل، والمبيع المعين حاصل، فلا يفيد التأجيل فيه.

قيّد بـ«المعين» احترازاً عن السلم، فإنَّ المبيع فيه غيرُ معين، وتأجيله جائز.

(وبجهالته) أي: بجهالة الأجل؛ لأنَّها يفضي إلى المنازعة. (إذا كان الثمن ديناً) قيّد به؛ لأن الثمن لو كان عيناً لا يجوز

التأجيل فيه؛ لأنَّه مبيعٌ من وجهه. (فلا يجوز) تأجيل الثمن، سواءً وجد في العقد أو بعده؛ لأن الموجود بعده في مجلسه ملحقٌ به. (إلى النيروز، وصوم النصارى، وفطرم، والحصاد) وهو بفتح الحاء وكسرهما: قطع الزرع في أوانه، (والدياس) وهو أن يوطأ² الطعام بالدواب ليصلح للتذرية، (وقدوم الحاج، والعتاء) أي: وقت وصول العطاء من السلطان إلى أهل الديوان، (إذا جهل الوقت) قيّد به؛ لأنَّه إن كان معلوماً عند المتعاقدين لا يفسد به العقد.

(فإن أسقط) المشتري (الأجل) إنَّما أسندنا الإسقاط إلى المشتري؛ لأن الأجل حقُّه، فينفرد بإسقاطه، وما قاله القدوري في

«مختصره»: فإن تراضيا بإسقاط الأجل؛ فواقع اتفاقاً لا خارجٍ مخرج الشرط؛ لأن رضاه من له الحقُّ كافٍ. (قبل ذلك) أي: قبل مجيء ذلك الأجل المفسد وقبل التفريق (أجزناه) وقال زفر: لا يجوز.

قيّد بقوله: «قبل ذلك»؛ لأن إبطال الأجل لو وجد بعده تأكّد الفساد، ولا ينقلب جائزاً اتفاقاً.

وقدنا بقولنا: «وقبل التفريق»؛ لأنَّه لو تفرّق قبل الإبطال تأكّد الفساد، ولا ينقلب جائزاً اتفاقاً. من «الحقائق».

له: إنَّ العقد وقع فاسداً، فلا ينقلب جائزاً، كما إذا باع درهماً بدرهمين، ثم أسقط الرائد، فإنَّه لم ينقلب جائزاً اتفاقاً.

ولنا: إنَّ سبب الفساد ارتفع قبل تقرُّر الفساد، فيعود جائزاً، بخلاف درهم بدرهمين؛ لأن الفساد في صلب العقد.

وفي «الخانية»: لو قال: برئت من الأجل لا يكون إسقاطاً، ولو قال: تركته أو أبطلته؛ يكون إسقاطاً.

(ويكره النَّجْشُ) وهو بفتح الحاء وبسكون الجيم أيضاً: أن يزيد في الثمن ولا يريد الشراء؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «لا

تناجشوا»³.

وفي «شرح الطحاوي»: هذا إذا طلب الراغب في السِّلعة من صاحبها بمثل ثمنها، وأما إذا طلب بما دونه؛ فلا يكره أن يزيد

رجلٌ في ثمنها إلى أن يبلغ قيمتها وإن لم يُردَّ شراءها.

(والسوم) وهو طلب المبيع بالثمن (على سوم غيره)؛ لأن فيه إضراراً على الغير. هذا إذا تراضيا في المساومة على ثمنٍ معين،

وأما إذا لم يتراضيا؛ فلا يكره؛ لأنَّه بيعٌ من يزيد.

(وتلقّي الجلب) أي: المجلوب، وهو ما يُجاء به من بلدٍ إلى بلدٍ للتجارة (إذا أضرب بالبلد، أو لبس عليهم) أي: على الواردين

السعر، وغرهم، فاشترى منهم بأرخص.

قيّد بالإضرار والتلبس؛ لأنَّهما لو انعدما لا يكره التلقّي.

¹ ح: يمنع.

² د: توطأ.

³ صحيح البخاري، البيوع 58، 64، 70؛ صحيح مسلم، النكاح 52؛ البيوع 4.

(ويبيع الحاضر للبادي في القحط) كما إذا جاء من يسكن في البادية بالطعام إلى بلدٍ، فيتوكَّل الحاضرُ عنه ليبيِّع طعامه بالسعر الغالي. وإِنَّمَا كُرِهَ؛ لأن فيه إضرارًا بأهل البلد.

قَيَّد بقوله: «في القحط»؛ لأنَّه في الرخص غيرُ مكروه.

(ووقت النداء) يعني: يكره البيع وقت أذان الجمعة؛ لأنَّه مخلٌّ بالسعي إليها. هذا إذا وقف واشتغل به، أمَّا إذا باع وهو يسعى؛ لا يكره، والمعتبر: الأذان بعد الزوال.

(والتفريق الغير المستحق بين صغيرٍ وكبيرٍ، أو صغيرين أحدهما ذو رحمٍ محرَّم من الآخر، وهما في ملكه) وإِنَّمَا كُرِهَ التَّفريق بينهما بالبيع؛ لأن الصغير يستأنس بالكبير وبالصغير أيضًا، وفي¹ التَّفريق إيحاش الصغير، وترك الترحم عليه، وقد قال صلى الله عليه وسلم: «من لم يرحم صغيرنا فليس منا»².

قَيَّدنا التَّفريقَ بالبيع؛ لأنَّه بإعتاق أحدهما غيرُ مكروه؛ لأنَّه أنفع له.

وقيد بقوله: «الغير المستحق»؛ لأن التَّفريق لو وقع باستحقاقٍ بأن ظهر في أحدهما عيبٌ، أو جنى فدفع إلى وليِّ الجنابة، أو خرج مستحقًّا؛ لا يكره التَّفريق دفعًا للضرر عن صاحب الحقِّ، وأمَّا إضرار الصغير؛ فنبت ضمناً، فلا يُلْتَفَت إليه؛ لأنَّه كم من شيءٍ ثبت ضمناً ولا يثبت قصداً.

وقَيَّد بأن يكون أحدهما صغيراً؛ لأنَّهما لو كانا كبيرين؛ فله أن يفترق؛ لما روي أنَّه صلى الله عليه وسلم فرَّق بين مارية وشيرين³، وكانتا أمتين أختين كبيرتين⁴ سيجيء عن قريب. وكذا لو كان ثلاثة إخوة في ملك رجلٍ وأحدهم صغيرٌ والآخرون كبيران؛ يجوز للمالك أن يبيع أحدَ الكبيرين وإن لزم منه التَّفريق؛ لأنَّ حقَّ الصغير يكون مرعياً بالكبير الباقي.

وقَيَّد بأن يكون أحدهما ذا رحمٍ محرَّم من الآخر؛ لأنَّه لو كان قريباً غيرَ محرَّم كابن العمِّ، أو محرماً غيرَ قريبٍ كامرأة الأب؛ لا يكره التَّفريق. ولو كان لصغيرٍ قريبان محرمان أحدهما أبعد من الآخر كأب عمته؛ لا يكره بيع الأبعد؛ لأنَّه في مقابلة الأقرب كالمعدوم. وقَيَّد بأن يكونا في ملكه؛ لأنَّه لو لم يجتمعا فيه لا يكره.

وكما يكره التَّفريق المذكور يكره للمشتري شراؤه، لكنَّ الحرِّي إذا دخل دارنا بغلامين صغيرين أخوين، فأراد أن يبيع أحدهما؛ لا يكره لنا شراؤه؛ لأنَّ كونه في دارنا أنفع له من عوده إلى دار الحرب.

(ويجوز البيع، وبأثم) البائع لارتكابه المنهي. (ويفسده) أي: أبو يوسف البيع بالتفريق (في الولاد) لقوَّة قرابة الولاد، وقد قال صلى الله عليه وسلم: «من فرَّق بين والدٍ وولدها؛ فرَّق الله بينه وبين أحبَّته يوم القيامة»⁵. (ومطلقاً في رواية) يعني: روي عن أبي يوسف: أنَّه فاسدٌ في كلِّ قرابةٍ محرمةٍ ولادةً كانت أو لم تكن؛ لما روي أنَّه صلى الله عليه وسلم وهب من عليٍّ رضي الله عنه أخوين صغيرين، ثم سأله: «ما فعل الغلامان؟» فقال: بعث أحدهما، فقال صلى الله عليه وسلم: «أردد اردد»⁶، وأمره صلى الله عليه وسلم بالردِّ يدلُّ على فساده.

ولهما: إنَّ البيع صدر من أهله مضافاً إلى محلِّه، فينفد، والنهي عن التَّفريق إنَّما كان لمعنى مجاورٍ، فلا يفسد العقد، كالنهي عن السوم على سوم غيره.

(فصل) في الإقالة

وهي في اللُّغة: الإسقاط، ولهذا يقال في الدُّعاء: اللهم أقلِّ عثرتي، أي: أسقط زلتي⁷ وارفعها، وكذا العاقدان يرفعان العقد بالإقالة.

(وتصحُّ الإقالة بلفظين أحدهما مستقبل) نحو أن يقول أحدهما: أقلِّني، وقال الآخر: أقلِّت. (وشرط) محمدٌ صيغة (المضي فيهما) اعتباراً بالبيع.

¹ د: ففي.

² سنن أبي داود، الأدب 58؛ سنن الترمذي، البر والصلة 15.

³ مسند الزبار، 304/10؛ المعجم الكبير للطبراني، 306/24. ويقال في اسمه سيرين.

⁴ ح + كما.

⁵ سنن الترمذي، السير 17؛ مسند أحمد بن حنبل، 412/5.

⁶ سنن الترمذي، البيوع 52؛ سنن ابن ماجه، التجارات 46. وفيه لفظ: «رده» مكان «أردد».

⁷ د: ذلتي.

ولهما: إنَّ لفظه: يعني في البيع كانت محمولةً على المساومة، ولم تدلَّ¹ على التَّحقيق، ولهذا لم ينعقد بها البيع، وأما لفظه: أقلني في الإقالة؛ فمحمولةً على التَّحقيق؛ لأنَّها تكون بعد نظرٍ وتأملٍ كلفظة: زوجيني نفسك في النكاح. **(ويتوقَّفُ على قبول الآخر في المجلس)** حتى لو قبِل الآخر بعد زوال المجلس، أو بعدما صدر عنه فيه ما يدلُّ على الإعراض. كما سبق بيانه في البيع؛ لا يتمُّ الإقالة.

وفي «المحيط»: لو اشترى حنطةً وقبضها، وسلَّم بعضَ الثمن، ثم قال للبائع: إنَّه قام عليَّ بثمنٍ غالٍ، فردَّ البائع عليه ما قبض من الثمن، فأخذه المشتري؛ لا ينقضُ البيع؛ لأنَّ الإقالة كالبيع لا تنعقد إلا بالإيجاب والقبول أو بالتعاطي. **(وهي فسخٌ مطلقاً)** أي: بعد قبض المبيع أو قبله، وبمثل الثمن الأول أو بأقلِّ أو بأكثر منه، **(في حقِّ العاقدين)** عند أبي حنيفة، تظهر² فائدته في مسائل:

منها: أنَّهما لو سَمَّيا في الإقالة خلافَ الثمن الأول تكون باطلةً كما يذكر في المتن.

ومنها: أنَّها لا تفسدُ بالشروط الفاسدة كما يفسد البيع.

ومنها: أنَّهما إذا تقايلا جاز للبائع بيعُ المبيع قبل قبضه.

ومنها: أنَّ المبيع إذا كان مكياً يجوز للبائع بيعه بلا إعادة الكيل.

ومنها: أنَّ البائع إذا وهب المبيع من المشتري بعد الإقالة قبل القبض جاز هبُّه، ولو كانت الإقالة بيعاً في حقِّهما لمَّا جاز كلُّ منهما.

هذا إذا أمكن جعلها فسخاً، وإن لم يمكن بأن زادت المبيعة بعد القبض زيادةً منفصلةً؛ تكون الإقالة باطلةً عنده؛ لأنَّه لا يصحُّ³ الإقالة إلا بطريق الفسخ.

وإنَّما قيَّدنا بالقيدين؛ لأنَّ الزيادة قبل القبض متصلةٌ كانت أو منفصلةً؛ لا يمنعُ الإقالة عنده، وكذا الزيادة المتصلة بعد القبض.

(بيعٌ في حقِّ ثالثٍ) تظهر فائدته في مسائل:

منها: أنَّ المبيع لو كان عقاراً، فسلم الشفيعُ الشفعةَ في بيعه؛ جاز له أن يأخذها في إقالته.

ومنها: أنَّ المشتري إذا باع المبيع من آخر، ثم تقايلا، فاطَّلع البائع على عيبٍ كان عند البائع الأول؛ ليس له أن يرده عليه؛ لأنَّه يبيع في حقِّه.

ومنها: أنَّ الموهوب له إذا باع الموهوب من آخر، ثم تقايلا؛ ليس للواهب الرجوعُ من هبته؛ لأنَّ الموهوب له في حقِّ الواهب بمنزلة المشتري من المشتري منه.

ومنها: أنَّ المشتري إذا باع المبيع من آخر قبل نقد الثمن، ثم تقايلا؛ جاز للبائع أن يشتري المبيع منه بأقلِّ مما باعه؛ لأنَّه في حقِّ البائع كالمملوك بشراءٍ جديدٍ من المشتري الثاني.

ومنها: أنَّه إذا اشترى بعروض التجارة بعد تمام الحول عبداً للخدمة، ثم ردَّه لعيبٍ فيه بغير قضاءٍ، فهلكت العروضُ في يده؛ لا يسقط عنه الزكاة؛ لأنَّه يبيعُ جديدٌ في حقِّ ثالثٍ، وهو الفقير؛ لأنَّ الردَّ ببيعٍ بغير قضاءٍ إقالةٌ.

(وتجوز) الإقالة (بمثل الثمن الأول) وفي «الفتاوى الفضلي»: إذا باع المتولِّي أو الوصي شيئاً بأكثر من قيمته لا يجوزُ إقالته وإن كانت بمثل الثمن الأول.

(فلو شرط أكثر منه، أو أقلَّ، أو خلافَ جنسه، أو أجل) البائع في ردِّ المشتري الثمن، **(فالشرطُ باطلٌ)** والإقالةُ صحيحةٌ

عند أبي حنيفة، إلا أن يحدث بالبيع عيبٌ، فتجوز الإقالة بأقلِّ من الأول؛ لأنَّ نقصانَ الثمن يكون لأجل الفاتت بالعيب.

(ويجعلها) أي⁴: أبو يوسف الإقالة **(بعد القبض)** أي: قبض المبيع **(بيعاً)** سواءً وقعت بمثل الثمن الأول أو بأقلِّ أو بأكثر أو

بنوعٍ آخر، **(وقبله فسخاً)**؛ لأنَّ بيعَ المنقول قبل القبض غيرُ جائزٍ، **(إلا في العقار)** فإنَّ الإقالة فيه قبل القبض تجعل بيعاً؛ لأنَّ بيعه قبل القبض جائزٌ، ولو لم يمكن جعلها بيعاً وفسخاً يطلُّ، كما إذا تقايلا في المنقول قبل القبض على خلاف الجنس الأول.

¹ ح: يدل.

² ح: يظهر.

³ ح: تصح.

⁴ ح - أي.

(وجعلها) أي: محمد الإقالة (بمثل الثمن الأول أو أقل منه فسحاً، وبالأكثر) أي: جعل الإقالة بأكثر من الثمن الأول (وبخلاف الجنس) أي: بخلاف جنس الثمن الأول (بيعاً)؛ لأن جعلها فسحاً ممتنع، وإن لم يمكن جعلها بيعاً وفسحاً تبطل الإقالة، كما إذا تقايلا قبل القبض على خلاف جنس الثمن الأول.

والحاصل: إن الإقالة فسحٌ عنده إلا إذا تعذر فتبطل، وعند أبي يوسف: بيعٌ إلا إذا تعذر، فيجعل فسحاً، إلا إذا تعذر فتبطل، وعند محمد: فسحٌ، إلا إذا تعذر، فيجعل بيعاً، إلا إذا تعذر فتبطل. من «جامع المحبوبي».

لأبي حنيفة: إن الإقالة في اللغة: إسقاطٌ فتجعل¹ فسحاً في حقهما إعمالاً لموجبها²؛ لأن لهما ولايةٌ على أنفسهما، وبيعاً في حق ثالثٍ بحكم الإقالة، وهو مبادلته مالٍ بمالٍ بالتراضي؛ لأنه ليس لهما ولايةٌ على غيرهما.

ومحمدٌ وافق هذا الأصل، إلا أنه جعل الإقالة إذا كانت على خلاف جنس الثمن أو على الزائد عليه بيعاً صوتاً للفظ عن البطلان، وأما إذا نقص عن الثمن؛ فقد جعلها فسحاً؛ لأنه سكوتٌ عن بعض الثمن، ولو أقال وسكت عن كلِّ الثمن كان فسحاً، فهذا أحقُّ، وكذا لو أجّل يكون فسحاً، ويبطل تأجيله؛ لأنه سكوتٌ عن وصف الثمن، وهو كونه حالاً.

ولأبي يوسف: إن في الإقالة معنى البيع، وهو مبادلته مالٍ بمالٍ بالتراضي، فاعتبارٌ جانب المعنى أولى إذا أمكن، وإذا لم يمكن يُجعل فسحاً.

اعلم أنَّ الخلافَ فيما إذا ذكر الفسخ بلفظ الإقالة، ولو ذكره بلفظ المفاسخة أو المتاركة لا يجعلُ بيعاً اتِّفاقاً إعمالاً بمقتضى موضوعه اللغوي. كذا في «النهاية».

(ويمنعها) أي: الإقالة (هالكُ المبيع)؛ لأن الإقالة رفعُ العقد، وهو إنَّما يقومُ بقيام محله، وهو المعقودُ عليه، (أو بعضه بقدره) يعني: إذا هلك بعضُ المبيع بطلت الإقالة في قدره، وصحَّت في باقيه. (لا هلاك الثمن) يعني: تصحُّ الإقالة بعد هلاك الثمن؛ لأن الثمنَ إنَّما ثبت له حكمُ الوجود في الدَّمة بالعقد، وما يكون وجوده بالعقد لا يكون محلاً للعقد، وإذا تقايضا³ تصحُّ الإقالة بعد هلاك أحدهما؛ لأن كلاً منهما معقودٌ عليه، فيكون العقد قائماً به. ولو هلك العوضان لا تصحُّ الإقالة إلا في بيع الصرف، فإنَّها تصحُّ فيه بعد هلاك البديلين؛ لأنَّهما غيرُ متعيَّنين، والمعقودُ عليه ما استوجب كلَّ واحد⁴ منهما في ذمة⁵ صاحبه. كذا في «النهاية».

اعلم أنَّ العقدَ الذي شُرط فيه الإقالة إذا رد⁶ البائع الثمن⁷ والناس سمَّاه بيع الوفاء، وفي المصر يسَمونه بيع الأمانة، فله حكمُ الرهن عند أكثر المشايخ، فلا يباح للمشتري أن ينتفع بالمبيع بدون إذن البائع، ويسقطُ الدينُ بهلاكه، وبعضُ المشايخ جعله باطلاً اعتباراً بالهزل، وبعضهم جعله في حكم بيع المكروه، فينقضه المشتري إن شاء؛ لأنه لم يكن راضياً به. قال الإمام نجم الدين النسفي: اتفق مشايخنا في هذا الزمان على جوازه، وإفادته بعض الأحكام، وهو الانتفاعُ به؛ لحاجة الناس إليه⁸، ولتعاملهم فيه، والقواعدُ قد يُتركُ بالتعامل كما في الاستصناع. قال صاحب «النهاية»: وعليه الفتوى.

وفي «الخانية»: الصحيحُ: أنَّ العقدَ الذي جرى بينهما إن كان بلفظ البيع لا يكون رهناً، ثم ينظر، إن ذكر الشرط فيه يفسدُ، وإن ذكر قبله أو بعده على وجه المواعدة وعقده خالياً عن الشرط يصحُّ العقدُ، ويلزم الوفاء بالعهد؛ لأن المواعيدَ قد يكون لازمةً لحاجة الناس.

وفي «الفوائد الظهيرية»: لو ذكر الشرط بعد العقد يلتحقُ بالعقد عند أبي حنيفة، ولم يذكر أنه في مجلس العقد أو بعده.

(فصل في المرابحة والتولية والوضيعة)

1 ح: فيجعل.
2 ح: بموجبها.
3 ح: تقايضا.
4 ح - واحد.
5 ح: ذمته.
6 ح: إذ الرد.
7 ح: الثمرة.
8 د - إليه.

يجوز التولية البيع بالثمن الأول بلا زيادة ربح، وهو بالرفع بدل من «التولية» وبيان له، وفي عبارته تسامح؛ لأن الثمن الأول صار ملكاً للبائع، فلا يمكن البيع به، ولعله أراد به: بمثل الثمن الأول، وفيه أيضاً اشتباه؛ لما سيبيء من أن أجرة الصبغ والقصار وغيرهما يضم إلى الثمن الأول، فلا يكون الثاني مثلاً له في المقدار، فيكون المراد بمثل الثمن الأول بما قام عليه. وفي ذكر الثمن إشارة إلى أن المراجعة والتولية لا يجوزان في بيع الصرف؛ لأن أحد بدليه غير متعين للمبيعة، والآخر للثمنية، ودخل فيه ما هو ثمن حكماً، كمن غصب عبداً، فأبق منه، ففضى القاضي عليه بالقيمة، ثم عاد العبد، فللغاصب أن يبيعه توليةً ومراجعةً. كذا في «الخانية».

(والمراجعة بزيادة) أي: هي البيع بالزائد من الثمن الأول وإن لم يكن من جنسه، **(والوضعية بنقيصة)** يعني: هي البيع بالناقص من الثمن السابق.

(ولا يصح ذلك) أي: كل من التولية والمراجعة والوضعية **(حتى يكون العوض مثلياً)** إذ لو لم يكن كذلك لا يُعرف كون المبيع بمثل الثمن الأول، أو بالزائد عليه، أو بالناقص عنه. **(أو مملوكاً للمشتري)** كما إذا اشترى عبداً بثوب، فأراد أن يبيعه مراجعةً عليه، لا بُد أن يكون ذلك الثوب مملوكاً للمشتري حتى يبيع به وبزيادة ربح معلوم عليه؛ إذ لو لم يكن كذلك يقع عقد المراجعة على قيمة ذلك الثوب، وهي مجهولة، فيفسد.

(والربح مثلي معلوم) وهذه الجملة الاسمية حال. قيد به؛ لأنه لو باعه بالثوب المملوك للمشتري وبغش قيمته لا يجوز؛ لأن الربح يكون مجهولاً.

(ويضم) إلى رأس المال **(أجرة القصار والصبغ)** بفتح الصاد مصدر، وبكسرهما: ما يصبغ به. **(والطراز)** وهو بالكسر: علم الثوب **(والقتل وحمل الطعام والسمسار)**. وفي «المحيط»: أجرة السمسار إن كانت مشروطة في العقد تضم، وإلا؛ فأكثر المشايخ على¹ أنها لا تضم، وأما أجرة الدلال؛ فلا تضم² اتفاقاً.

(وسائق الغنم)؛ لأن هذه الأشياء تزيد³ في عين المبيع كالصبغ وأخواته، أو في قيمته فقط كالحمل والسوق؛ لأن القيمة تختلف باختلاف المكان، فتلحق أجرتها برأس المال.

وفي «التبيين»: إن فعل المشتري بيده شيئاً مما ذكر من القتل ونحوه لا يضمه.

(لا الراعي) أي: لا يضم أجرة الراعي؛ لأنه للحفظ، والحفظ لا يزيد في عين الشيء ولا في قيمته.

(ونفقة نفسه) يعني: لا يضم ما أنفقه المشتري على نفسه في سفره من وقت شرائه المبيع.

قيد به؛ لأنه نفقة المبيع وكسوته وكره يضم، كذا في «المحيط».

(وجعل الآبق، وأجرة طبيب ومعلم) إنما لم يضم هذه الأشياء؛ لأنها لا تزيد في قيمة المبيع شيئاً، وأما ثبوت الزيادة في التعلم؛ فلمعنى فيه، وهو ذهنه وشغله، لا لما أنفق على المعلم، غايته: أن التعليم وقع شرطاً، ولم يزد أجرة المعلم مائة المبيع.

(ويقول) البائع إذا ضم بالثمن ما يجوز ضمّه: **(يقوم)** عليّ **(بكذا، لا اشتريته)** أي: لا يقول: اشتريته بكذا تحزراً عن الكذب.

(وللمشتري الخيار) عند أبي حنيفة **(للخيانة)** أي: لخيانة البائع في رأس المال **(في المراجعة بين الأخذ بالثمن والترك، والحط في التولية)** أي: للمشتري عنده الحط من الثمن قدر ما خان البائع في بيع التولية. **(ويأمر به)** أي: أبو يوسف بالحط **(فيهما)** أي: في صورتى الخيانة في المراجعة والتولية **(مع حصتها)** أي: مع حصّة قدر الخيانة **(من الربح)** في المراجعة، مثلاً: إذا قال: اشترت هذا الثوب بعشرة، فباعه مراجعةً بخمسة عشر، فظهر أن البائع كان اشتراه بثمانين؛ يحط قدر الخيانة من الأصل، وهو درهمان، ويحط من الربح ما قابلهما، وهو درهم واحد، فيأخذ الثوب باثني عشر درهماً، ولو خان في الأجل بأن لم يبين أنه اشتراه نسيئةً، أو بين وخان في قدر الأجل؛ فللمشتري الخيار في المراجعة؛ لأن المؤجل أنقص في المالية من الحال. كذا في «المحيط».

(وخيره) أي: محمد المشتري **(مطلقاً)** أي: سواء كان الخيانة في المراجعة أو التولية.

¹ ح - على.

² د: يضم.

³ ح: يزيد.

لأبي حنيفة: إنَّ الحطَّ لو لم يوجد في التولية يكون قدرُ الخيانة زائدًا على الثمن الأوَّل، فيصير¹ مرابحةً لا توليةً، وأمَّا في المرابحة لو لم يحطَّ بقي مرابحةً، غايته: أنَّ الربح يكون أكثر مما ظنَّه المشتري، فيثبت له الخيارُ لفوات الرضا. ولأبي يوسف: إنَّ الأصل هو لفظُ المرابحة والتولية، وذكر الثمن في العقد جرى مجرى التفسير له، فلا بُدَّ من بناء العقد الثاني على الأوَّل، فيحطُّ قدرُ الخيانة ليكون الثمن الثاني كالأوَّل.

ولمحمد: إنَّ الأصل ما هو المذكورُ في العقد لكونه معلومًا، والثمن الأوَّل غيرُ معلومٍ، فذكر المرابحة والتولية يحملُ على الترويج، فيجري مجرى الوصف، فإذا ظهرت الخيانةُ فيهما يتخيَّرُ المشتري؛ لفوات الوصف المرغوب في الثمن، كما لو فات في المبيع. **(فلو هلك)** المبيع عند ظهور الخيانة في المرابحة **(قبل الردِّ، أو امتنع الفسخ)** بسبب عيبٍ أو زيادةٍ في المبيع **(سقط الخيارُ)** ولزمه جميعُ الثمن؛ لسقوط خيار الرؤية والشرط بهما.

(ولو اشترى ثوبين بصفقةٍ كالأبى بخمسة) يعني: اشترى كلَّ ثوبٍ بخمسةٍ بعقدٍ واحدٍ، **(كره له)** أي: كره² محمد للمشتري **(بيع أحدهما مرابحةً بخمسةٍ من غير بيانٍ)** أي: من غير بيانٍ أنه اشتراه بخمسةٍ مع ثوبٍ آخر؛ لأنَّ الجيد قد يضمُّ إلى الرديء لترويجه، فتمكَّنت التهمة. وقالوا: لا يكره.

ويُقال: «ثوبين»؛ لأنَّ المشتري لو كان مما يكالُ أو يوزنُ أو يعدُّ يجوز اتفاقًا. ويُقال: «بصفقةٍ»؛ لأنَّه لو كان بصفقتين يجوز اتفاقًا. ويُقال: «كأبى بخمسةٍ»؛ لأنَّه لو لم يسمَّ لكلِّ واحدٍ ثمنًا لا يجوز اتفاقًا. **لهما:** إنَّ ثمن كلِّ ثوبٍ معلومٌ، ولا اعتبارٌ للجودة والرداءة مع تعيين الثمن، فلا تهمة. **(ولو أسلم فيهما)** أي: في ثوبين متساويين³ في الجنس والصفة **(بعشرة)** فقبضهما وقت حلول الأجل، **(فبيعه أحدهما مرابحةً بخمسةٍ مكروه)** عند أبي حنيفة ما لم يبيِّن. وقالوا: لا يكره.

ويُقال: «ببعضهما»؛ لأنَّه لو اشتراهما يكرهُ بيعُ أحدهما مرابحةً اتفاقًا. ويُقال: «بثوبين»؛ لأنَّه لو كان المسلم فيه ثوبًا واحدًا يجوز بيعُ نصفه مرابحةً اتفاقًا. ويُقال: «ببعضهما»؛ إذ لو اختلفا جنسًا لا يجوز السلمُ إذا لم يبيِّن حصَّة كلِّ منهما من رأس المال، وإن اختلفا صفةً واتَّحدا جنسًا لا يجوز السلمُ، لكن لا يجوز بيعُ أحدهما مرابحةً اتفاقًا، وقابل كلا الثوبين بعشرة؛ إذ لو بيَّن ثمن كلِّ واحدٍ منهما لا يكره اتفاقًا.

ويُقال: «ببعضهما»؛ لأنَّ البيع قبل القبض غيرُ جائزٍ اتفاقًا. ويُقال: «ببعضهما»؛ لأنَّه لو باعه مطلقًا لا يكرهُ اتفاقًا. ويُقال: «ببعضهما»؛ لأنَّه لو باعه بالزائد عليها لا يجوز اتفاقًا. **لهما:** إنَّ حصَّة كلِّ منهما من الثمن معلومٌ لتساويهما، فصار كأنَّه سَمَّى لكلِّ منهما بخمسةً. **وله:** إنَّ الثمن إنَّما ينقسم على الثوبين باعتبار قيمتهما، والقيمة تختلف باختلاف المقومين، واعتبارُ الصفة في العين لغوٌ، فيكره بيعه مرابحةً بلا بيان؛ لأنَّ فيه شبهة الخيانة.

(ولو اشترى ثوبًا بعشرةٍ، فباعه بخمسةٍ عشر، ثم اشتراه بعشرةٍ، فالمرابحةُ فيه بخمسةٍ) يعني: يبيعه مرابحةً على خمسةٍ عند أبي حنيفة، ويقول: قام عليَّ بخمسةٍ. **(ولو باعه)** أي: الثوب الذي اشتراه بعشرةٍ **(بعشرين، ثم اشتراه بعشرةٍ، فالمرابحةُ ممتنعةٌ)** يعني: لا يبيعه مرابحةً أصلًا عند أبي حنيفة. **(وقالوا: يربح بعشرةٍ فيهما)** أي: في صورتين جميعًا. **لهما:** إنَّ العقد الثاني عقدٌ جديدٌ منقطعٌ عن الأوَّل، فيجوزُ بناء المرابحة عليه، كما لو باعه بعرضٍ يساوي خمسة عشر، ثم اشتراه بعشرةٍ، فإنَّه يبيعه مرابحةً بعشرةٍ.

¹ د: فتصير.

² د - كره.

³ ح: المتساويين.

وله: إنَّ الرِّيحَ في البَيعِ الأوَّلِ كانَ على احتمالِ السَّقوطِ بأنَّ يردُّ المشتري المبيعَ بظهور العيبِ فيه، فتأكَّدَ بالشراء ذلك الرِّيحَ، وللتأكيدِ حكمُ الإيجابِ، فصار كأنَّه اشترى ثابِتًا ما باعه وخمسةً بعشرةً، فتقابلتِ الخمستانِ، وبقي الثوبُ في المسألة الأولى بخمسةٍ، فيبيعه مرابحةً عليها، وفي المسألة الثانية بقي مجانًا، فلا يبيعه مرابحةً حذرًا عن شبهة الخيانة.

وفي «المحيط»: ما قاله أبو حنيفة أوثق، وما قاله أرفق.

(ولو تعيَّب بنفسه) أي: المبيع بلا صنع أحدٍ (عنده) أي: عند المشتري، (وئمنه معلومٌ، فربح به) أي: باعه مرابحةً على الثمن المعلوم (من غير بيانٍ) أي: من غير بيانٍ أنَّه اشتراه سليماً بكذا، ثم تعيَّب عنده (أجزانه) وقال زفر: ليس له ذلك.

قيَّد بقوله: «بنفسه»؛ لأنَّه لو تعيَّب بفعل المشتري أو الأجنبي لا يبيعه مرابحةً من غير بيانٍ اتِّفاقاً.

وفي «المحيط»: كذا الخلافُ إذا وجدته معيَّباً.

له: إنَّ هذا العيبَ نقصانٌ بعد العقد، فصار كتنقصانٍ حاصلٍ بفعله أو بفعل أجنبيٍّ.

ولنا: إنَّ الفائتَ بالعيبِ بعضُ الوصفِ، والأوصافُ لا يقابلها شيءٌ من الثمنِ، ولهذا لو فات وصفٌ من المبيع قبل التَّسليم لا يسقطُ به شيءٌ من الثمنِ، بخلاف ما قاس عليه؛ لأنَّه بالإتلاف صار مقصوداً.

وفي «الخانية»: لو اشترى دابةً، فأجرها، ثم¹ باعها مرابحةً على ما اشتراه، ولا ينقصُ أجرتها؛ لأنَّ الأجرة بدلٌ عن المنفعة لا عن شيءٍ من الذات. ولو اشترى دجاجةً، فباضت بعد قبضها؛ تحسب² بيضتها، وينقص قيمتها من الثمن عند المرابحة إن لم ينفق عليها مقدار ثمن البيض؛ لأنَّ البيض من أجزاء الدجاجة.

(فصل) في التصرف في المبيع والثمن قبل القبض

(منعوا بيع المنقول) أي: بيع المشتري المبيع المنقول (قبل القبض مطلقاً) أي: سواء كان طعاماً أو غيره. وقال مالك: يبيع ما

سوى الطعام قبل القبض جائزٌ، ويبيع الطعام بالطعام قبل القبض غيرُ جائزٍ. كذا نقل المصنفُ مذهبَ مالك في «شرحه».

أقول: مذهبه غيرُ معلومٍ من مخالفته لنا، فكان ينبغي أن يبيِّن مذهبه على التَّفصيل.

له: إنَّه صار ملكاً للمشتري، فيجوز تصرُّفه فيه، وأما بيعُ الطعام؛ فلم يجز؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يستوفيه»³، أي: يقبضه.

ولنا: ما روي أنَّه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر⁴، وهو البعُّ الذي فيه خطرٌ انفساخه بهلاك المبيع، وهو متحقِّقٌ في

المنقول قبل القبض.

قيَّد بالبيع؛ لأنَّه لو أوصاه لرجلٍ، فمات قبل القبض؛ صحَّ الوصيَّةُ اتِّفاقاً، ولو وهبه من البائع، فقبَّله؛ انتقض البيع؛ لأنَّ قبضه لا ينوب عن قبض المشتري، فيجعل⁵ الهبة مجازاً عن الإقالة، ولو وهبه من غيره أو تصدَّق به أو أقرضه؛ فالأصحُّ أنَّه يجوز، فيكون ذلك الغيرُ نائباً له في القبض، ثم يكون قابضاً لنفسه.

وقيدنا المنقول بالمبيع؛ لأنَّه لو كان مهراً أو ميراثاً أو بدل الخلع يجوز بيعه قبل القبض اتِّفاقاً؛ لأنَّ العقد لا يفسخ بهلاكه فيها.

كذا في «التبيين».

وذكر في «الأجناس»: التَّخليُّ بين المبيع والمشتري يكون قبضاً بشروط:

أحدها: أن يقول البائع: خَلَيْتُ بينك وبين المبيع.

والثاني: أن يكون المبيعُ بحضرة المشتري بحيث يتمكَّن من أخذه بلا مانعٍ.

ولو باع ضيعةً في الصحراء وسلَّمها إليه، فإن كانت قريبةً منه بحيث يُتصوَّر فيها القبض الحقيقي في الحال؛ يكون قبضاً، وإلا؛

فلا، والناس عن هذا غافلون، وهو الصحيح وظاهر⁶ الرواية.

¹ د - ثم.

² ح: يحسب.

³ صحيح البخاري، البيوع 51؛ صحيح مسلم، البيوع 29.

⁴ صحيح مسلم، البيوع 4؛ سنن أبي داود، البيوع 24؛ سنن الترمذي، البيوع 17.

⁵ د: فتجعل.

⁶ د: في ظاهر.

والثالث: أن يكون المبيع مفرزاً غير مشغولٍ بحقٍ غيره، حتى لو باع داراً وسلّمها إلى المشتري وفيها قليلٌ من متاع البائع؛ لم يكن تسليمًا حتى يسلمها فارغاً، ولو خلى البائع في داره بين المبيع والمشتري لا يكون تخليةً عند أبي يوسف، حتى لو هلك المبيع بعدها فيها يهلك من مال البائع، وعند محمد: يكون تخليةً، فيهلك¹ من مال المشتري، وعليه الفتوى.

(وطرده في العقار) يعني: قال محمد: لا يجوز بيع العقار قبل القبض كالمقول. وقال: يجوز؛ لأن بيع الغرر غير متحقق في العقار؛ لأن الهلاك فيه نادرٌ، والنادر لا حكم له، حتى لو نُصِّبَ هلاكُ العقار قبل القبض بأن كان على شطِّ النهر ونحوه لا يجوز بيعه اتفاقاً. كذا في «التبيين».

وأما إجارة العقار قبل القبض؛ فقيل: على الخلاف، والصحيح: أنه لا يجوز اتفاقاً؛ لأن المعقود عليه هو المنافع، وهلاكها غير نادرٍ، فصار كالمقول. ولو وقفه؛ فالأمر موقوفٌ: إن قبضه نفذ، وإلا فلا. كذا في «الكافي».

(وأبطلوا البيع بهلاك المبيع) سواءً كان البيع بائناً أو فيه خيارٌ للبائع أو للمشتري، **(قبله)** أي: قبل القبض، فلا يلزم الثمن على المشتري، ولا الضمان على البائع. وقال مالك: لا يبطل، فعلى المشتري الثمن، وعلى البائع ضماناً قيمة المبيع. هذا إذا كان هلاكه بأفةٍ سماويةٍ، أو بفعلِ البائع، أو بفعلِ المعقود عليه، وأما إذا كان بفعلِ المشتري؛ لا يبطل البيع، فعليه الثمن اتفاقاً، إلا إذا كان الخيارٌ للبائع، أو كان البيعُ فاسداً، فعليه الضمان اتفاقاً. كذا في «الخلاصة».

ويُبدى بهلاك المبيع؛ لأن بهلاك الثمن لا يبطل اتفاقاً. ويُبدى بقوله: «قبل القبض»؛ لأن الهلاك لو كان بعده لا يبطل اتفاقاً. له: إن المبيع في ضمان البائع، فيضمن قيمته للمشتري، فتقوم القيمة مقامه كما في الغصب. ولنا: إن المبيع كان محبوساً عنده على الثمن، فلو ضمن كان ضامناً لنفسه، وهو باطلٌ، فإذا تَلَفَ المبيع بلا بدلٍ؛ يبطل العقد ضرورةً.

(ومن اشترى مكيلاً أو موزوناً بكيلٍ ووزنٍ، فباعهما) مكايلاً وموازنَةً، (أعاد المشتري منه) أي: من المشتري الأول (الكيل والوزن) ولا يكتفي بكيلٍ بانه في غيبته؛ لاحتمال أن يكون زائداً مما سمّاه، فلا يمتأز ما لم يكَلْ لنفسه. وفي «التجريد»: لو باع بلا إعادة الكيل يكون البيعُ فاسداً؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «من اشترى طعاماً فلا يبعه² حتى يكتاله»³، معناه: إذا اشترى شيئاً مكايلاً؛ فلا يبعه⁴ مكايلاً⁵ حتى يكتاله. ويُبدى الطعام اتفاقاً.

وفي «الهداية»: الصحيح: أن البائع لو كاله بعد البيع مرةً بحضرة المشتري يكتفي به، ولا يحتاج إلى إعادة؛ لأن المبيع صار معلوماً.

ويُبدى بالاشترى؛ لأنه إذا ملك مكيلاً أو موزوناً بهيةً أو ميراثاً أو غيرهما جاز له أن يتصرف قبل الكيل والوزن. كذا في «الكفاية». ويُبدى بقوله: «فباعهما»؛ لأنه لو جعلهما ثمناً بأن اشترى ثوباً بهما؛ يجوز للبائع التصرفُ فيهما قبل الكيل والوزن؛ لأن التصرف في الثمن قبل قبضه جائزٌ.

ويُبدى بقولنا: «مكايلاً وموازنَةً»؛ لأنه لو باعهما مجازفةً؛ لم يحتج المشتري الثاني إلى إعادة الكيل والوزن؛ لأن الزائد يكون له. **(والعدديّ) المتقارب (عدداً كالموزون)** عند أبي حنيفة، فمن اشترى معدوداً بشرط العدِّ، فباعه بشرط العدِّ؛ لا يبيعه الثاني ولا يأكله حتى يبعه؛ لأن شبهة اختلاف غير المبيع بالمبيع ثابتة في المعدود كما في الموزون. **(وقال: كالمذروع)**؛ لأن الربا لا يجري بين المعدودين كما في المذروعين، فله أن يبيعه بلا عدِّ، فيكون الزائد للمشتري، كالذرع الزائد إذا اشترى ثوباً مذازعةً يكون له.

¹ د: فهلك.

² د: يبيعه.

³ صحيح مسلم، البيوع 31؛ سنن أبي داود، البيوع 65؛ سنن النسائي، البيوع 55.

⁴ د: يبيعه.

⁵ ح - مكايلة.

(ويجوز التصرف في الثمن) بهبة أو بيع أو غيرهما إذا كان عيناً، أمّا إذا كان ديناً؛ فالتصرف فيه هو تملكه ممن عليه الدين بوعض أو بغير عوض؛ لأن تملكه من غير من عليه غير جائز. **(قبل قبضه)**؛ لأن الأثمان لا تتعين في العقود، وليس فيها غرر انفساخ العقد بهلاكه.

(في غير الصرف¹) قيّد به؛ لأنه لو تصرف في بدل الصرف قبل قبضه، بأن باع ديناراً بدراهم، واشترى بهما منه ثوباً، أو أبرأ عنها، أو تصدّق بها، وقبل الآخر؛ لا يجوز؛ إذ لو جاز بطل الصرف لفوات شرطه، وهو القبض. اعلم أنّ السلم داخل في غير الصرف، مع أنّ التصرف في رأس المال قبل القبض غير جائز، وكان عليه أن يستثنيه. فإن قلت: إنّما لم يذكره اعتماداً لما سيأتي في فصل السلم. قلت: يذكر الصرف أيضاً في فصله، فلم قيّد به غير الصرف؟ **(ويجوز الزيادة)** من العاقد، أو من أجنبي² **(عليه)** أي: على القدر المذكور في الثمن، سواء كان الزائد من جنس ما زيد عليه أو من غير جنسه في غير الصرف.

قيّدنا به؛ لأن الزيادة من طرف في الصرف باطل عند أبي يوسف ومحمد لما سيجيء في فصله. وفي «النظم»: الزيادة في الثمن إنّما تجوز حال قيام المبيع، حتى لو هلك أو تصرف فيه المشتري بحيث تغيّر اسمه، كما إذا كان حنطاً، فطحنها³ ونحو ذلك، أو خرج عن كونه محللاً للبيع، كنديبه وكتابته وأمثالهما؛ لا يجوز الزيادة في الثمن؛ لأنّها تثبت في مقابلة المبيع، وهو هالك أو في حكمه، فلم يصح التقابل. **(والحط منه)** أي: حط البائع من الثمن، **(ونلحقهما)** أي: الزيادة والحط المذكور، وهو حط البعض **(بالعقد)** فيصير كأن أصل العقد ورد على ما بعدهما، حتى لو ندم بعدما زاد يُجبر على دفعه **(ولو بعد لزومه)** أي: وإن كان الحط أو الزيادة بعد لزوم العقد. وقال الشافعي وزفر: لا يلحق⁴، بل كل منهما صلة مبتدأة.

قيّدنا بحط البعض؛ لأن حط كل الثمن غير ملحق بالعقد اتفاقاً؛ لأنه لو ألحق بقي العقد بلا ثمن، وهو غير مشروع. له: إنّ التقابل بعدما وقع بين مجموع البيع والثمن لا يملكان نقضه وتغييره. ولنا: إنّهما كانا مالكين لرفع أصل العقد، فأولى أن يملكا تغييره وصفه بالحط والزيادة. وضع الخلاف في «الهداية» و«المحيط» في الثمن والمثمن، ووضع في المتن في الثمن اتّباعاً للمنظومة. وثمرة الخلاف تظهر⁵ في المرابحة والتولية وفيما إذا استحق المبيع حيث يرجع المشتري على البائع بالزيادة، وفي الشفعة حيث يأخذها الشفيع بما بقي بعد الحط، لا بالزائد؛ لأن في الزيادة إبطالاً لحقه الثابت بالثمن المسمى. **(ويجوز تأجيل الحال منه)** أي: جعل ما لزم أدائه في الحال من الثمن مؤجلاً، **(وتأجيل الديون)** الحالة من الثمن؛ لأن إبراء الدين⁶ من المديون كان جائزاً للدائن، فأولى أن يجوز له تأخير مطالبته.

(ومنعه) أي: التأجيل **(في القرض)** وقال مالك: يجوز تأجيله؛ لأنه دين كسائر الديون، فإذا أجله لا يطالبه قبل الأجل. ولنا: إنّ القرض إعارة، ولهذا لا يصح الإقراض إلا من أهل التبرع، ولو جاز تأجيله؛ لزم أن يُمنع المقرض عن مطالبته قبل الأجل، ولا جبر على المتبرع، بخلاف ما لو أوصى أن يقرض من ماله فلا تأجيل له؛ لزم أن يقرضه من ثلث ماله، ولا يطالبه قبل المدّة؛ لأنه وصية بالتبرع كالوصية بالخدمة، فيصح تأجيله نظراً للموصى له.

(فصل في الرّبا)

وهو في الشّرع: فضل مال لا يقابله عوضٌ في معاوضة مالٍ بمالٍ.

1 ح: التصرف.

2 د - من العقد أو من أجنبي.

3 د: وطحنها.

4 د: تلحق.

5 ح: يظهر.

6 ح: الدين.

(نَحْرِمُ الرِّبَا بَعْلَةَ الْقَدْرِ) وهو الكيلُ فيما يكالُ، والوزنُ فيما يوزنُ، (مع الجنس) الأصلُ فيه: قوله صلى الله عليه وسلم: «الذهبُ بالذهب، والفضةُ بالفضة، والرُّبُّ بالرُّبِّ، والشعيرُ بالشعير، والتمرُّ بالتمر، والملحُ بالملح مثلاً بمثل، يداً بيدي، فمن زاد فقد أُرزي»¹، وهذا حديثٌ مشهورٌ تلقَّاهُ بالقبول الجمهوريُّ.

ثم اتَّفَقوا على أنَّ الحكمَ ليس بمقصودٍ بهذه السِّتَّة، بل النصُّ معلَّلٌ، وعلَّته عندنا: القدرُ مع الجنس.

(لا الطعمُ والثمنيةُ) يعني: علَّته الطعمُ فيما يطعمُ، والثمنيةُ فيما يكون ثمنًا مطلقًا، وهو الذهبُ والفضةُ؛ لأنَّهما خُلِقا لذلك، فلا يجري الرِّبَا في الفلوسِ عنده.

والخلافُ يظهرُ فيما إذا باع جصًّا أو حديدًا بجنسهما متفاضلاً، فإنَّه لا يجوزُ عندنا؛ لوجود الكيلِ أو الوزنِ مع الجنس، ويجوزُ عنده؛ لعدم الطعمِ والثمنية، وفيما إذا باع ذرَّةً من ذهبٍ بذرتين، أو حفنةً من طعامٍ بحفنتين، فإنَّه يجوزُ عندنا؛ لانعدام القدرِ؛ لأنَّ الشَّرْعَ لم يقدِّر المعيارَ بما دون نصفِ صاعٍ وبالذرةِ، ولا يجوزُ عنده؛ لوجود الطعمِ والثمنية.

وفي «النهاية»: هذا إذا لم يبلغ كلُّ منهما نصفَ صاعٍ، فإن بلغ أحدهما، كما إذا باع حفنةً بقفيزٍ؛ لا يجوزُ، وفيما إذا كان كلُّ منهما موجودين، فإن كان أحدهما نسيئةً لا يجوزُ؛ لأنَّ الجنسَ بانفراده يحرمُ النَّساءَ.

له: إنَّ النصَّ شَرَطَ التَّمائُلَ في الأشياءِ السِّتَّة، وذا يدلُّ على عزِّتها وخطرها، ووصفُ الطعمِ فيها وصفٌ شريفٌ؛ لأنَّ بقاءَ الإنسانِ به، فناسب أن يكون علةً، وكذا الثمنيةُ؛ لأنَّ ماليةَ الأموالِ التي مصالحُ الأنامِ منوطَةٌ بها إنَّما يُعرفُ بالأثمانِ، فما لا يقابله ثمنٌ لا يكون مألًا، ولا أثرٌ للجنسيةِ فيه، فيكون شرطًا لعملِ العلةِ.

ولنا: إنَّ النصَّ أوجب المماثلةَ ذاتًا في الأشياءِ السِّتَّة، والتماثلُ إنَّما يقع باعتبار الصورة والمعنى، والقدرُ يسوِّي العوضين صورةً، والجنسُ يسوِّيهِما معنىً، فناسب أن يكون كلاهما علةً، على أنَّ قوله صلى الله عليه وسلم: «إذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم»² يدلُّ على أنَّ المعتبرَ هي الجنسيةُ، وتساوي العوضين فيها مانعٌ من التفاضلِ.

(ولم يعللوا بالجنس مع القوت) وهو بالضَّم: ما يقوم به بدوُّ الإنسانِ من الطعامِ (والادخار) وقال مالكٌ: علَّته الاقتياتُ، وهو أخذُه قوتًا، والادخارُ بشرطِ المجانسة. كذا في «الكافي» و«التبيين». لكنَّ المفهومَ من عبارة المتن: أنَّ الجنسيةَ علةٌ أيضًا عنده. والله أعلم.

له: إنَّه صلى الله عليه وسلم خصَّ بالذكر كلَّ مُقتاتٍ ومُدخِرٍ، ولأنَّ العزَّةَ والخطريَّةَ فيهما أكملُ، فكان بالاعتبار أنسبُ.

ولنا: ما سبق من الدليلِ.

(ولا فرق بين الجيدِ والرديءِ) إذا تساويا ذاتًا (عند اتِّحاد الجنس) لقوله صلى الله عليه وسلم في الأموالِ الربويةِ: «جيدُها

ورديُّها سواء»³.

(فإذا عُدما) أي: الكيلُ والوزنُ مع الجنس، وهو بكسر الدال من باب علم، (جاز التفاضلُ والنساءُ) أي: البيعُ بالتفاضلِ والنسيئةِ؛ لعدم العلةِ المحرِّمةِ للتفاضلِ. (أو وجدًا) أي: القدرُ مع الجنس (حرما) أي: التفاضلُ والنساءُ، (أو أحدهما) أي: إذا وجد أحدُ الوصفين كالقدرِ وحده، كما إذا أسلم كَرَّ بَرِّ في كَرِّ شعيرٍ، أو الجنسُ وحده، كما إذا أسلم ثوبًا هروبيًا في ثوبٍ مروبيٍّ (يحرمُ النَّساءُ) وحلُّ التفاضلِ؛ لأنَّ الحكمَ لَمَّا تعلق بوصفين مؤثرين كان مجموعهما علةً حقيقةً⁴، فخرَّم بها ما فيه حقيقةُ الفضلِ وشبهتهُ أيضًا، وكان لكلِّ منهما شبهةُ العليةِ، فحرم به ما فيه شبهةُ الفضلِ فقط، وهو النَّساءُ؛ لأنَّ في النقدِ شبهةُ الفضلِ على النسيئةِ إذا تساوى ذاتهما.

فإن قلت: إنَّه بعضُ العلةِ، فينبغي أن لا يثبت به الحكمُ.

قلت: إنَّه علةٌ تامةٌ لحرمةِ النَّساءِ، وإن كان بعضُ علةٍ لحرمةِ ربا النقدِ.

¹ صحيح مسلم، المساقاة: 80؛ سنن أبي داود، البيوع: 12؛ سنن الترمذي، البيوع: 23؛ سنن النسائي، البيوع: 43.

² مسند الربيع، ص 228. وأخرج بلفظ: «فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد»، انظر: صحيح مسلم، المساقاة: 81؛ سنن أبي داود، البيوع: 12.

³ لم نجده بهذا اللفظ إلا في المبسوط للسرخسي، 2/194؛ 3/20؛ 11/52. وقال الزيلعي: غريب، ومعناه يؤخذ من إطلاق الحديث السابق «مثلاً بمثل»، سواء بسواء.

⁴ د: عليّة حقيقة.

(إلا في إسلام منقود) كالدراهم والدنانير (في موزون) كالزعفران ونحوه، فإنَّ النَّساءَ لم يحرم فيه مع وجدان أحد الوصفين، وهو الوزنُ فيهما، وإنَّما جاز؛ لأنَّ الوزنَ لم يجمعهما من كلِّ وجهٍ، فإنَّ النقود يوزن بالسنجات، والزعفران ونحوه يوزن بالأمناء، فلم يتَّفقا في صفة الوزن، وكذا في المعنى؛ لأنَّ النقود لا يتعيَّن بالتَّعيين، والزعفران يتعيَّن.

(ويعرف الكيلِيُّ والوزنيُّ بالنصِّ) فإنَّ الحنطة والشعيرَ والتمر والملح كيلِيٌّ، والذهب والفضة وزنيٌّ؛ لورود النصِّ من النبي صلى الله عليه وسلم على ذلك¹، فلو باع حنطةً بحنطةٍ وزناً لا يجوز وإن ورد العرفُ على وزنها؛ لأنَّ النصَّ أقوى من العرف، إلا إذا عُلِمَ أنَّهما متماثلان في الكيل.

(وما لا نصَّ فيه) أي: يعرف ما لم يرد فيه نصٌّ بأنَّه كيلِيٌّ أو وزنيٌّ (بالعرف) والعادة؛ لأنَّ الشرع اعتبر عادات الناس.

(وجعلوا البرَّ والشعيرَ جنسين) فيجوز بيعُ أحدهما بالآخر متفاضلاً، وإن كان في كلِّ منهما حباتٌ من الآخر، فهي كالمستهلكة؛ لأنَّها مغلوبةٌ. قال مالكٌ: هما في حكم جنسٍ واحدٍ، فلا يجوز بيعُ أحدهما بالآخر متفاضلاً؛ لأنَّهما متقاربان في المنبت والمحصد والصورة.

ولنا: إنَّهما مختلفان اسمًا ومعنىً، فكانا جنسين حقيقيَّةً، والتقاربُ لا يدلُّ على الاتحاد في الجنس.

(ويشترطُ في الصرف) وهو عقدٌ وقع على جنس الاتمان (قبضُ العوضين في المجلس) لقوله صلى الله عليه وسلم: «الفضةُ بالفضة هاءٌ وهاءٌ يداً بيدٍ»²، والمرادُ به: القبضُ، كُنِيَ بها عنه؛ لأنَّها آتته.

(وفي غيره) أي: يشترطُ في غير عقد الصرف (من الربويات) أي: مما يجري فيه الرِّبا (التَّعيين) دون التقابض.

(فلا³ نشترطُ التقابضَ في بيع الطعام بمثله عيناً) صورته: باع بُراً بيِّرَ بعينهما، وتفرَّقا قبل القبض؛ جاز عندنا خلافاً للشافعي. قيَّد بقوله: «بمثله»؛ إذ التفاضلُ لا يجوز اتفاقاً.

وقيَّد بقوله: «عيناً»؛ إذ لو لم يكن معيَّناً لا يجوز اتفاقاً، أمَّا عندنا؛ فلعدم العينية، وأمَّا عنده؛ فلعدم القبض.

له: قوله صلى الله عليه وسلم: «الطعام بالطعام يداً بيدٍ»⁴.

ولنا: إنَّ المقصودَ من العقد التمكُّنُ من التصرف، وذا يحصلُ بالتَّعيين، وأمَّا النقودُ؛ فاشترطُ القبضُ فيها؛ لأنَّها لا يتعيَّن بالتَّعيين، المرادُ بقوله: «يداً بيدٍ» فيما رواه: عيناً بعينٍ؛ لما رواه عبادَةُ بن الصامت كذا.

(ولا يجوز بيعُ الحنطة بالدقيق ولا بالسويق والتخالة)؛ لأنَّ المجانسةَ باقيةٌ من وجهٍ باعتبار أنَّها أجزاء الحنطة.

(والدقيقُ بالسويق لا يجوز) يبيعه عند أبي حنيفة (مطلقاً) أي: لا متساوياً ولا متفاضلاً. وقالوا: يجوز مطلقاً.

قيَّد بالسويق؛ لأنَّ بيعَ الدقيق بالدقيق متساوياً كَيْلاً إذا كان مكبوسين جائزاً اتفاقاً.

لهما: إنَّهما جنسان، ولهذا إذا أتلَفَ أحدهما لا يضمُّ بالآخر.

وله: إنَّ السويق أجزاء الحنطة المقلية، أي: المشوية، والدقيقُ لغير المقلية، وبيعُ الحنطة المقلية بغير المقلية لا يصحُّ بحالٍ؛ لعدم التسوية بينهما لاكتناز أحدهما، أي: اجتماعه وتخلخل الآخر، فكذا أجزاءهما، أمَّا اختلافهما في حكم الضمان؛ فلاذَّ الأصل فيه المماثلةُ من كلِّ وجهٍ.

(وكذا الخبزُ بالحنطة) يعني: بيعُ خبز الحنطة بالحنطة متساوياً أو متفاضلاً غيرَ جائزٍ عند أبي حنيفة؛ لاتحاد جنسهما، وجائزٌ عندهما.

(وظاهرُ المذهب الجوازُ، وعليه الفتوى)؛ لأنَّ الخبزَ عدديٌّ أو موزونٌ، والحنطة كيلِيَّةٌ نصًّا، فلم يتحقَّق العلةُ.

(واستقراضُ الخبز لا يجوز) عند أبي حنيفة (مطلقاً) أي: لا عدداً ولا وزناً؛ لأنَّ الاستقراضَ إنَّما يكون في المثلِّي، ولا مماثلةً

بين أحاده عدداً؛ لتفاوتها، ولا وزناً؛ لأنَّ وزنها يتفاوتُ بتفاوت الخبز في الطبخ، وإذا فسد يكون مضموناً بالقيمة كالمبيع يبعاً فاسداً. من «الحقائق».

(ويجيزه) أي: أبو يوسف استقراضَ الخبز (وزناً) فقط؛ لأنَّ أحاده إنَّما تتساوى به لا بالعدِّ. (وأطلقه) أي: جوَّز محمدٌ

استقراضَه وزناً وعدداً؛ لتعارف الناس على إهدار التفاوت بين أحاده، كما أهدروا بين الجوزتين، وعليه الفتوى.

¹ صحيح مسلم، البيوع 73، المساقاة 84.

² سنن الدارمي، البيع 41؛ مصنف ابن أبي سبيبة، 465/11.

³ ح: فلا.

⁴ صحيح مسلم، المساقاة 93؛ مسند أحمد بن حنبل، 400/6 بلفظ: «مثلاً بمثل» مكان «يداً بيد».

(وَالرُّطْبُ) أي: يبيغ الرطب (بالتمر، والعنب) أي: يبيع العنب (بالزبيب جائز) عند أبي حنيفة كيلاً (متساوياً) وقال: لا يجوز. قَيَّدَ بقوله: «كيلاً»؛ لأنَّه لو باع مجازفةً أو موازنةً لا يجوز اتِّفَاقًا. وقَيَّدَ بالرطب؛ لأنَّه لو باع البُسْرَ بالتمر يجوز اتِّفَاقًا. كذا في «المصنفي».

لهما: ما روي أنَّه صلى الله عليه وسلم سُئِلَ عن بيع الرطب بالتمر، فقال¹ صلى الله عليه وسلم: «أَبْتَقِصُ إِذَا جَفَّ»، فقيل: نعم، فقال صلى الله عليه وسلم: «فَلا إِذْنٌ»²، وفيه إشارة إلى أنَّ المماثلة لا بُدَّ منها عند الجفاف.

وأما بيعُ الرطب بالرطب والعنب بالعنب؛ فإنَّما جاز عندهما وإنَّ ظهر التفاوتُ بعد الجفاف؛ لأنَّ التفاوتَ ظهر بعد خروج البديلين عن اسمِ عُقْدَ عليه العَقْدُ، فلم يكن ذلك تفاوتًا في المعقود عليه، فلم يُعْتَبَرُ.

وله: إنَّهما جنسٌ واحدٌ، والتساوي بينهما ثابتٌ عند العقد، فتصحُّ، ومدارٌ ما رواه علي³ زيد بن عياشٍ، وهو مطعونُ الرواية عند النقلة، ولئن صحَّ فمحولٌ على أنَّ السائلَ كان وصيًا في مال اليتيم، فلم يأذنُ صلى الله عليه وسلم به نظرًا لليتيم.

قيل: يبيغ العنب بالزبيب غيرُ جائزٍ اتِّفَاقًا، وذكر أبو جعفر: أنَّه جائزٌ اتِّفَاقًا، فلما اضطرب الأقوالُ لم يوردُ صاحبُ «المنظومة» هذه المسألة.

(ومنع من حنطةٍ وزبيبٍ رطبين بياسين أو رطبين) يعني: يبيع حنطةً رطبةً أو مبلولةً بمثلها أو بيايسةً منها، ويبيغُ زبيبٍ نقع بمثلها أو بيايسٍ غيرُ جائزٍ عند محمد؛ لأنَّه اعتبر التساوي في الحال والمال.

وفي «المحيط»: حفظت الرواية عن محمد: أنَّ هذا إنَّما لا يجوز إذا ابتلَّت الحنطةُ وانتفختُ، وإذا لم يكن كذلك؛ فجائزٌ يبيغُه متساويًا.

وقالا: يجوز؛ لأنَّ حال المبيع معتبرٌ وقت العقد، فيعتبر التساوي فيه. وأما أبو يوسف؛ فلم يُعْتَبَرُ في المسألة السابقة وقت العقد؛ لورود الحديث في الرطب.

(ومنعنا الزيتون) أي: يبيعه (بالزيت، والسَّمْسَمِ بالشيرج حتى يعلم بزيادة الدَّهْنِ فيهما) يعني: حتى يعرف زيادةَ الدهنِ المعجَرَدِ على الدهنِ الكائن في الزيتون والسَّمْسَمِ، فيكون المصدرُ مضافًا إلى فاعله، ولو قال: بزيادةِ الدَّهْنِ على ما فيهما؛ لكان أوضحَ. (ليقابل التجير) أي: ليكون الدهنُ مقابلًا بمثلها، والزائدُ بالتجير، وهو ما خرج منه من التَّغْل، ولك أن تعرف أنَّ هذا الشرطُ فيما إذا كان لتفله قيمةً، وأما إذا لم يكن كتراب الذهب إذا بيع بالذهب؛ فزيادةُ الذهب غيرُ مشروطةٍ؛ لأنَّ التراب لا قيمة له. (لا مع الجهالة) يعني: عند زفر: يجوز البيعُ مع الجهالة بأن الدهنَ أكثرُ منه أو أقلَّ.

قَيَّدَ بالجهالة؛ لأنَّه إذا علم زيادةَ الدهنِ يصحُّ اتِّفَاقًا، وإذا علم عدمها لا يصحُّ اتِّفَاقًا.

له: إنَّ الأصلَ في البيع هو الجوازُ، والفسادُ لا يثبت بالشكِّ.

ولنا: إنَّه يفسدُ إذا كان الزيتُ الخالصُ مساويًا أو ناقصًا، ويصحُّ إذا كان أكثرَ، فلما غلب جهةُ الفساد صار الحكمُ للغالب.

فإن قلت: الزيتونُ مكيلٌ، والزيتُ موزونٌ، فكيف يحرمُ التفاضلُ بينهما؟

قلنا⁴: المقصودُ منه دهنه، وهو موزونٌ، والحرمةُ باعتباره.

وعلى هذا الخلاف إذا باع شاةً على ظهرها صوفٌ بصوفٍ، أو القطنَ الغيرَ المحلوجَ بحمِّ القطنِ.

(واشترط) محمَّدٌ (لبيع اللحم) المفرز (بالحيوان فضل اللحم) على اللحم المتصل بالشاة؛ ليكون الزائدُ مقابلًا بعظمها وجلدها، كما اشترط في بيع الزيت بالزيتون. (وأطلقا جوازه) أي: جَوَّزَ أصحابه البيعَ المذكورَ مطلقًا⁵.

قَيَّدَ باللحم؛ لأنَّه لو باع إحدى الشاتين المذبوحتين الغيرِ المسلوختين بالأخرى جاز اتِّفَاقًا، بأن يُجعلُ لحمٌ كلٌّ منهما بجلد الآخر، ولو كانتا مسلوختين يجوزُ إذا تساويا وزنًا، ولو اشترى شاةً حيَّةً بشاةٍ مذبوحةٍ يجوز اتِّفَاقًا. كذا في «المصنفي».

موضعُ الخلاف: يبيغ اللحم من جنس ذلك الحيوان.

¹ د: وقال.

² مصنف ابن أبي سيبة، 649/10؛ سنن الترمذي، البيوع 14؛ سنن ابن ماجه، التجارات 53.

³ د + رواية.

⁴ د: قلت.

⁵ ح - مطلقًا.

لهما: إنَّ الحيوانَ ليس لحمه بمالٍ، ولا يُنتفعُ به انتفاعَ اللحم، وماليُّتهُ معلَّقةٌ بالذكاة، فيكون جنسًا آخرَ، بخلاف الزيت مع الزيتون؛ لأنَّهما من جنسٍ واحدٍ.

(وتجيز اللحوم) يعني: جاز بيعُ بعض اللحوم (والألبان) المختلفة ببعضها عندنا (نقدًا) تمييزًا، أي: بدءًا بيده، (كيف اتَّفَق) أي: متساويًا كان أو متفاضلاً، والسمنُ في حكم اللحم. وقال الشافعيُّ: لا يجوز إلا متساويًا.

قَيَّد بقوله: «نقدًا»؛ لأنَّ بيعه نسيئةً غيرُ جائز اتِّفاقًا.

له: إنَّ اسمَ اللحم واللبن يطلقُ على الكلِّ، فيكون جنسًا واحدًا.

ولنا: إنَّ أصولها مختلفة الأجناس، حتى لا يضمَّ بعضها إلى بعضٍ في الزكاة، فكذا أجزاءها، ولو باع لحمَ معزٍ بلحمٍ غنمٍ متفاضلاً لم يجز؛ لانضمام أحدهما بالآخر، ولكن شعرَ المعزِ وصفَ الغنمِ جنسان؛ لاختلاف المقاصد، وكذا شحمُ البطن والألية.

فإن قلت: على هذا كان ينبغي أن لا يجوز بيعُ لحم الطير بعضه ببعضٍ متفاضلاً إذا اتَّحد الجنسُ، وقد أجازوه.

قلت: إنَّما جاز؛ لأنَّه غيرُ موزونٍ عادةً، فلم يكن مقدَّرًا، والربا لا يظهر في غير المقدَّر. كذا في «المحيط».

(ولا ربا بين المولى وعبد المأذون غير المديون)؛ لأنَّ ما في يد العبد لسيدة.

قَيَّد بالمأذون؛ لأنَّه لو لم يكن مأذونًا لا يمكن جريانَ العقد بينهما.

وقَيَّد بغير المديون؛ لأنَّه لو كان مديونًا دينًا مستغرقًا برقبته يتحقَّق الربا بينهما اتفاقًا، أمَّا عند أبي حنيفة؛ فلائ أنَّ ما في يده ليس ملكًا لمولاه، فصار كالمكاتب، وأما عندهما؛ فلتعلُّقِ حقِّ الغرماء به.

وكذا المتفاضلان لا ربا بينهما؛ لأنَّ الكلَّ مالهما، وكذا شريكا العنان إذا تباعا من مال الشركة. كذا في «التبيين».

(ولا نثبته) أي: الربا (بين المسلم والحربي في دار الحرب) وقال الشافعيُّ: يثبت؛ لأنَّ المسلمَ التزم بالأمان أن لا يملك مألهم

إلا بعقدٍ صحيح، وهذا العقدُ فاسدٌ، فلا يفيد الملك، فيثبت الربا بينهما كما يثبت بين المسلم والمستأمن منهم في دارنا.

ولنا: قوله صلى الله عليه وسلم: «لا ربا بين المسلم والحربي في دار الحرب»¹.

(فصل في السلم)

وهو بيعٌ مؤجَّلٌ معدومٌ في ملكه بموجودٍ مُعجَّلٍ، وهو ثابتٌ بالسنة وإجماع الأمة.

(أجزنا السلم بلفظ البيع) وقال زفر: لا ينعقد السلمُ به؛ لأنَّه عقدٌ بخلاف القياس ورد بلفظٍ خاصٍ، وهو المسلمُ، فلا يجوز

بغيره.

ولنا: إنَّ البيع اسمٌ جنسي، والسلمُ نوعٌ منه، فجاز أن يُتوصَّلَ إليه باسم جنسه، كما يقال لزيد: يا رجل.

وفي «المحيط»: في انعقاد السلم بلفظ البيع روايتان، وفي انعقاد البيع بلفظ السلم اتِّفاق الروايات.

(ويصحُّ في كلِّ ما أمكن ضبطُ صفتِه ومعرفةُ مقداره) قَيَّد² بإمكانهما؛ لأنَّه فيما لا يمكن كالجواهر لا يجوز، (كمكيل

وموزونٍ ومنذروع) الجارُّ والمجرورُ متعلِّقٌ بالمعرفة.

وفي الإيضاح: في الديباج والحريير من المذروعات لا يكفي ذكرُ الذرع والصفة، بل لا بُدَّ من بيان الوزن؛ لأنَّهما مختلفَةٌ

باختلاف الوزن، فإنَّ الديباج كلما ثُقِّل وزنه ازدادت قيمته، والحريير كلما خفَّ وزنه ازدادت قيمته، فلا بُدَّ من بيانه.

(وأجزناه في معدودٍ متقاربٍ) وهو ما لا تتفاوت أحاده في القيمة، (كالجوز والبيض عدًّا وكيلاً) وقال زفر: لا يجوز السلمُ فيه

بالكيل؛ لأنَّه عدديٌّ، ولا بالعدِّ؛ لأنَّ أحاده متفاوتةٌ.

أقول: كان عليه أن يردفَ قول زفر؛ لأنَّه ذكر في «المصنفي».

قَيَّد بالعدِّ؛ لأنَّ السلمَ عنده يجوز كميلاً ووزنًا.

وذكر في «المختلف»: يجوز السلمُ في الجوز والبيض عدًّا وكيلاً ووزنًا عندنا، وقال زفر: يجوز كميلاً ووزنًا، وكذا ذكر في

«المبسوط».

وفي «فتاوى الأفتس»: أجمعوا على أنَّ السلمَ يجوز في الجوز كميلاً، وفي البيض وزنًا.

¹ لم نجده إلا في التجريد للقدوري، 2370/5؛ والمبسوط للسرخسي، 56/14. وقال الزليعي: غريب. وأخرج الشافعي في الأم 379/7 عن مكحول عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال: «لا ربا بين أهل الحرب»، فقال: وهذا ليس بثابت، ولا حجة فيه.

² د: وقيد.

ولنا: إنَّ كَوْنَ المعدود المتقارب من العدديَّات ليس بمنصوصٍ عليه، فيكون كيبلياً إذا اصطُح عليه، وإنَّ هذا التفاوت ساقطُ الاعتبار عرفاً، فصار كالمثليِّ.

قيَّدَ بالمتقارب؛ لأنَّ السَلْمَ في المتفاوت كالبطيخ لا يجوز اتِّفاقاً.
ولا يجوز السَلْمَ في الفلوس عدداً عند محمد؛ لأنَّها أثمانٌ، ويجوز عندهما؛ لأنَّ التمنية فيها ليست خلقيةً، وإنَّما هي بالاصطلاح، فللعاقدين إبطالها.

(ولا يدخله خيارُ الشرط) أي: لا يجوز السَلْمَ إذا كان فيه خيارُ الشرط لهما أو لأحدهما؛ لأنَّه مانعٌ عن انعقاد العقد في حقِّ الحكم، فلا يتمُّ القبضُ في رأس المال؛ لأنَّ تمامه مبنيٌّ عليه، وقبضه شرطٌ على ما سيأتي.

قيَّدَ بخيار الشَّرْطِ؛ لأنَّ خيارَ العيب يدخل فيه؛ لكونه غيرَ مانعٍ من تمام الصفقة، وأما خيارُ الرؤية؛ فداخلٌ في رأس مال السلم إذا كان مما يتعيَّن؛ لأنَّه يفيدُ الفسخَ، وغيرُ داخلٍ في المسلم فيه؛ لأنَّه دينٌ في الذمَّة، ورؤيته غيرُ متصوِّرةٍ، مع أنَّ ربَّ السلم كلما ردَّ المسلم فيه حين رآه؛ فللمسلم إليه أن يعطيه غيره؛ لأنَّه غيرُ متعيَّنٍ، فلا يفيدُ الخيارُ فيه الفسخَ.

(ولو أسقطه) أي: خيار الشرط (قبل التفرُّق) ورأس المال قائمٌ (أجزناه) لارتفاع المفسد قبل تقرُّره. وقال زفر: لا يجوز؛ لأنَّه واقعٌ¹ فاسداً، فلا ينقلُبُ جائزاً.

أراد بالتفرُّق: التفرُّق بالأبدان؛ لأنَّ مجلسَ العقد لو تفرَّق ولم يتفرقا بالبدن، فأسقطه؛ جاز. كذا في «النهاية».

قيَّدَ بقوله: «قبل التفرُّق»؛ لأنَّه لو أسقطه بعده لا يجوز السَلْمُ اتِّفاقاً.

وقيدنا بقولنا: «ورأسُ المال قائمٌ»؛ لأنَّه لو أسقطه قبل التفرُّق بعد هلاكه لا يجوز اتِّفاقاً؛ لأنَّ رأسَ المال صار ديناً عليه، والسَلْمُ برأس المال الدين كان غير جائزٍ عند ابتداءه، فكذا لم يجز عند إتمامه بإسقاط الخيار.

(ومنعه) أي: السلم (في الحيوان) لتفاحش التفاوت بين أفرادهِ. وقال الشافعيُّ: يجوز؛ لأنَّه يمكنُ ضبطه بمعرفة جنسه وسنِّه ووصفه.

(ومنعه في رؤوسه وأطرافه، وفي الجلود عدداً)؛ لأنَّ في أفرادها تفاوتاً فاحشاً، (وفي النقدين) لأنَّهما خلقا أثماناً، والمسلم فيه مبيعٌ. وقال مالكٌ: يجوز؛ لأنَّ ضبطها بالوصف ممكنٌ.

قيَّدَ بقوله: «عدداً»؛ لأنَّ السَلْمَ فيها بالوزن جائزٌ اتِّفاقاً.

(وهو) أي: السلم (في اللحم غير جائز) عند أبي حنيفة؛ لتفاحش التفاوت باعتبار كِبَرِ العظم وصغره، وكثرتِه وقلَّتِه، وباعتبار السمن والهزال.

(وفي منزوع العظم روايتان) عن أبي حنيفة: في روايةٍ عنه: إنَّ السَلْمَ في اللحم الذي نزع عظمه جائزٌ؛ لزوال التفاوت بالاعتبار الأوَّل، وفي روايةٍ أخرى عنه: إنَّه لا يجوز؛ لثبوت التفاوت بالاعتبار الثاني. (أصحهما المنع)؛ لأنَّ جوازَ السلم في اللحم يجوز أن يكون معلولاً بعثنتين مستقلتين²، فبانعدام³ إحداهما لا يثبت الجوازُ.

وقالا: يجوزُ، وعليه الفتوى؛ لأنَّ اللحمَ موزونٌ مضبوطٌ إذا بيِّنَ وصفه وموضعه، وكذا إقراضُ اللحم جائزٌ عندهما، وعن أبي حنيفة في روايتان.

وفي «فتاوى الولوالجي»: السَلْمُ في غير منزوع العظم من لحوم الطيور جائزٌ بالاتفاق؛ لأنَّ التفاوت في لحم الطيور بسبب كِبَرِ العظم غيرُ معتبرٌ عند الناس، فكأنَّه صار بمنزلة عظم الألية.

وفي «المحيط»: السَلْمُ في لحم طيور لا يُقتنى، فلا يُحبس للتوالد لا يجوز؛ لأنَّه بمعنى المنقطع.

(ولا يجوز في الحطب حزمًا) جمع حزمة، وهي قطعاً خشبٍ مجموعةٌ مشدودةٌ وسطها بحبلٍ، (والرطبة جزراً) وهو جمع جزرة، وهي بتقديم الرء المهملة على الرء المعجمة: هي القبضة. وإنَّما لم يجز؛ لثبوت التفاوت بينهما أفرادها، وإنَّ بيِّنَ طولُ ما يشد به الحزمة أو الجزرة أنَّه شبرٌ أو ذراعٌ بحيث لا يؤدي إلى النزاع يجوز.

¹ د: فني.

² ح - مستقلتين.

³ ح: بانعدام.

⁴ د - كبر.

(وبمكياي رجل) أي: لا يجوز السلم بمكياي رجل (بعينه) وهو صفة «مكياي». (وذراعه) المتعين (المجهولين) أي: مجهولي المقدار؛ لأنه ربّما يضيع، فيؤدي إلى المنازعة.

قيّد بالسلم؛ لأن البيع بمجهول المقدار جائز.

وقيّد بكونهما مجهولين؛ إذ لو كان مقدارهما معلومًا يجوز.

(وطعام قرية) أي: لا يجوز السلم في طعام قرية، (وثمرة نخلة بعينهما) وهي صفة قرية ونخلة. وإنّما لم يجر؛ لاحتمال أن يعترها آفة، فيتعدّر التسليم.

قيّد بـ«قرية»؛ لأنه لو أسلم في طعام ولاية يجوز؛ لأن وصول الآفة لطعام كلّ الولاية نادراً، وهذا إذا نسب إلى قرية ليؤدي من طعامها، وأمّا إذا نسب إليها لبيان وصف الطعام؛ فالسلم جائز.

(وفي الجواهر والخرز) بالتحريك، جمع خرزة. وإنّما لم يجر السلم فيها؛ للتفاوت الفاحش بين أفرادها.

(ويجوز في صغار اللؤلؤ وزنا)؛ لأنه إنّما يعلم به.

(وفي اللين والآجر إذا عین الملبين) وعددهما؛ لأن التفاوت حينئذ يكون أقل.

(ولا نجيز) السلم (الحال) وقال الشافعي: يجوز؛ لما روي «أنه صلى الله عليه وسلم رخص في السلم»²، وهو بإطلاقه يتناول

الحال.

ولنا: إنّ في لفظ «رخص» إشارة إلى اشتراط الأجل؛ لأن الرخصة حقيقة إنّما يكون مع قيام المحرم، وهو ههنا كون المبيع معذورًا، وإنّما رخص في السلم تيسيرًا للمفلس، وإذا كان المسلم حالًا كان المسلم إليه قادرًا على تسليم المبيع، فلا يكون السلم مرخصًا فيه.

فإن قيل: لو كان مشروعيتها السلم لدفع حاجة المفلس لَمَا جاز عقد السلم للغني.

قلنا: الشيء لا يباع بالسلم عادة إلا بالأقل، ولا يُقدّم على مثله إلا المحتاج، فأقيم الحاجة مقام الفقر لتعدّر الوقوف عليه.

(ولا المنقطع) أي: لا يجوز السلم عندنا فيما ينقطع من حين العقد إلى حين الأجل، حتى لو كان منقطعًا عند العقد، كما إذا

أسلم في حنطة حديثة قبل حدوتها، أو عند الأجل، أو فيما بين ذلك لا يجوز. وقال الشافعي: يجوز إذا كان موجودًا عند الأجل؛ لأنه وقت وجوب التسليم، ولا معنى لاشتراطه قبل ذلك.

ولنا: إنّ القدرة على تسليم المسلم فيه حال وجوبه شرط لجواز العقد، وكلّ وقت بعده يحتمل أن يكون وقت الوجوب بأن يموت المسلم إليه، فيحلّ الأجل، فيشترط دوام وجوده لتدوم³ القدرة على التسليم، وحدّ الانقطاع: أن لا يوجد في الأسواق، وإن وجد في البيوت.

(ولو لم يقبض) ربّ السلم المسلم فيه (بعد الأجل حتى انقطع حكْمنا بالتنخير) أي: نجعل ربّ السلم مخيّرًا (بين الأخذ)

أي: أخذ المسلم فيه (عند وجوده، وبين الفسخ) أي: فسخه العقد، وأخذه رأس المال، (لا بالانفساخ) يعني: قال زفر: يفسخ العقد؛ لفوات مجلّه، كما يفسخ البيع بهلاك المبيع قبل التسليم.

ولنا: إنّ تعدّر تسليم المعقود عليه حدث بعد تمام العقد، فيتخيّر العاقد، كما لو أبق المبيع قبل القبض، بخلاف هلاك المبيع؛ لأنّه فات قبل التمام.

قيّد بقوله: «بعد الأجل»؛ إذ الانقطاع في خلاله يفسده اتفاقًا.

(والشروط التي يذكر في العقد سبعة) عند أبي حنيفة.

احترز بقوله: «التي تذكر» عن الشّرطين اللذين يتوقّف عليهما جواز السلم، لكن لا يجب ذكرهما في العقد، وهما: تعجيل رأس المال، والقدرة على تحصيل المسلم فيه.

(معلومات) قيّد به؛ لترتفع الجهالة المانعة عن تسليم المسلم فيه.

(جنس) كقوله: إنّه برّ أو شعير، وهو مع ما عطف عليه بدل من «سبعة».

¹ د: إنما.

² انظر: سنن الترمذي، البيوع 70؛ سنن النسائي، البيوع 61، 62.

³ ح: ليدوم.

(ونوع) كقوله: إِنَّهُ مَسْقِيٌّ أَوْ بَرِيٌّ.

(وصفة) كقوله: إِنَّهُ جَيِّدٌ أَوْ رَدِيٌّ.

(وقدر) كقوله: كَذَا وَكَذَا كَيْلًا أَوْ وَزْنًا.

(وأجل) ذكر في «شرح الوافي»: أَفْلَهُ شَهْرٌ، وما دونه في حكم العاجل. وقيل: ثلاثة أيام، والأوَّلُ أَصْحٌ، وبه يفتى؛ لأن من حلف ليقضينَّ حقَّ أخيه عاجلاً، فقضاه قبل تمام الشهر، قالوا: بَرٌّ في يمينه.

(وتسمية رأس المال في المكيل والموزون والمعدود) يعني: إذا كان رأس المال مكيلاً أو موزوناً أو معدوداً متقارباً لا بُدَّ من بيان مقداره، ولا يكفي التَّعيينُ.

قيد برأس المال؛ لأن الثمن إذا كان معلوماً بالإشارة لا يحتاج إلى بيان قدره اتفاقاً.

واحتراز¹ بذكر هذه الأشياء عن كون رأس المال مذروعاً، فإنَّ بيان ذرعانه ليس بشرط؛ لأن الذرع وصف له، فلا يتعلَّق العقد بمعرفته، فجهالته لا تفضي إلى المنازعة كما تقدم بيانه في أوائل هذا الباب.

(وتسمية محلِّ الإيفاء) أي: إيفاء المسلم فيه (إن كان له حمل) بفتح الحاء (ومؤنة) قيد به؛ لأنَّه لو لم يكن كذلك كالمسك والكافور؛ فبيان محلِّ الإيفاء ليس بشرط اتفاقاً، فيوفيه في أيِّ موضع شاء. ثم لو عينا مكاناً في هذه الصورة لإيفائه، قيل: لا يتعيَّن؛ لأن هذا الشرط غير مفيد، فلا يعتبر. وقيل يتعيَّن؛ لأنَّه يفيد سقوط خطر الطريق عن رب السلم.

قيدنا بإيفاء المسلم فيه؛ لأن مكان العقد يتعيَّن لإيفاء رأس المال اتفاقاً، وكذا مكان القرض والغصب والاستهلاك يتعيَّن للإيفاء اتفاقاً. من «المحيط»².

(وأخرجنا هذين عنها) أي: الشرطين الأخيرين عن الشروط التي تُذكر³ في العقد (عند تعيينها) أي: عند كون المكيل والموزون والمعدود معينة؛ لأنَّها صارت معلومةً بالإشارة، فلا يُشترطُ إعلامُ قدرها، كما لو كان رأس المال ثوباً.

(ويسلمه) أي: المسلم إليه المسلم فيه عندهما (في موضع العقد)؛ لأن التسليم وجب بالعقد، فيتعيَّن مكانه له.

وله: إنَّ جهالة قدر رأس المال قد يفضي إلى جهالة المسلم فيه، بأن يجد المسلم إليه بعض رأس المال معيناً، فيردّه ولا يستبدله رب السلم في مجلس الردِّ، فينسخ العقد في المردود، ويبقى في غيره، فيكون المسلم فيه مجهولاً فيما بقي، فيجب أن يحتراز عنه بإعلام قدره؛ لأن الموهوم في هذا⁴ العقد كالمتحقق، ولهذا لم يجز في تمر نخله بعينها لاحتمال الهلاك، ومكان العقد إنَّما يتعيَّن بالتصريح، أو بوجوب التسليم في الحال، ولم يوجد كلاهما، فبقي مجهولاً، فلا بُدَّ من البيان لرفع النزاع.

(وكذا الخلاف في محلِّ إيفاء الثمن⁵ المؤجل الذي له مؤنة) كما إذا باع ثوباً بمُدِّ حنطة مؤجلة، (وكذا الأجر) كما إذا استأجر داراً بمُدِّ مؤجل، (والقسمة) كما إذا اقتسما داراً وشرط أحدهما على صاحبه أن يعطيه مُدِّ حنطة لزيادة في نصيبه، فعند أبي حنيفة: يُشترطُ في كلِّ منها بيان مكان الإيفاء، وعنهما: يتعيَّن موضع العقد والقسمة.

(وشرطوا قبض رأس المال في المجلس) أي: في حال عدم افتراقهما بدناً، ولم يردَّ به اتِّحاد المجلس؛ لأن العاقدين لو مشيا فرسخاً بعد العقد، ثم قبض رأس المال قبل أن يفترقا؛ يجوز. والافتراق إنَّما يقع بتواري أحدهما عن عين صاحبه، حتى لو دخل ربُّ السلم بيته لإخراج الدرهم، ولم يغب عن عين صاحبه؛ لا يكون افتراقاً. كذا في «الخانية».

اعلم أنَّ هذا شرط بقاء السلم على الصحة، لا شرط انعقاده؛ لأنَّه يتعقَّد صحيحاً إذا وُجد سائر شرائطه، ثم يبطل إذا افترقا بلا قبض بدناً.

(مطلقاً) أي: سواء كان رأس المال عيناً أو ديناً. كذا ذكر في الشرح. ويجوز أن يكون معنى الإطلاق: أنَّ قبض رأس المال شرط من غير تفضيل تأخير في القبض، وهو الأليق لمذهب مالك. وقال مالك: يجوز تأخير قبضه إلى يوم ويومين بلا اشتراط تأجيل؛ لأنَّه يُعَدُّ عاجلاً عرفاً.

¹ د: احتراز.

² د - من المحيط.

³ ح: يذكر.

⁴ د: هذه.

⁵ د: التمر.

ولنا: إنَّ السلمَ أخذَ عاجلاً بآجلٍ، والمسلمُ فيه آجلٌ، فوجب أن يكون رأسُ المالِ عاجلاً؛ ليكونَ حكمُهُ على وفق ما يقتضيه اسمه.

(ولا يتصرف فيه) أي: في رأس المال، (ولا في المسلم فيه قبل القبض) أمَّا في رأس المال؛ فلأنَّ التصرفَ فيه قبله يفوت عنه¹ القبض، وأمَّا في المسلم فيه؛ فلأنَّه مبيعٌ، والتصرفُ فيه قبل القبض غيرُ جائزٍ.

(ولو أسلم عينًا ودينًا) على المسلم إليه (نوعين) أي: جنسين، كما إذا قال: أسلمتُ إليك هذه الدراهمَ العينَ والعشرةَ الدنانيرَ التي كانت لي عليك (في كَرٍّ، أو حنطةً) بالنصب، أي: لو أسلم حنطةً (في شعيرٍ وزيتٍ؛ فالفسادُ شائعٌ إن لم يبين قسطًا كليًا منهما) أي: من العين والدين، يعني: يفسدُ السلمُ باتفاق أئمتنا في حصَّة الدين؛ لانعدام القبض، وكذا في حصَّة الشعير؛ لأن الحنطة والشعيرَ مكيلان، فالنسبةُ بينهما غيرُ جائزة. وأمَّا في حصة الدراهم العين في الكَرِّ وحصَّة الحنطة في الزيت؛ فكذا فاسدٌ عند أبي حنيفة؛ لجهالة قدر رأس المال، أمَّا في المسألة الأولى؛ فلأنَّ رأسَ المالِ شيئان مختلفان، فينقسم على المسلم فيه بطريق القيمة، وذا يعرف بالظنِّ، فيبقى مجهولًا، ومعرفة قدر رأس المال شرطٌ عنده. وأمَّا في المسألة الثانية؛ فلأنَّ الحنطة ذكرت غير معروفة القدر.

(وقال: صح) السلم (في العين والزيت بالحصَّة)؛ لأن معرفة قدر رأس المال ليس بشرطٍ عندهما.

ويُقدَّر بالعين والدين؛ لأن رأسَ المال لو كان دينين من نوعين يفسد اتفاقًا.

ويُقدَّر بنوعين؛ لأن العينَ والدينَ إذا كانا من جنسٍ واحدٍ لا يشيع الفسادُ اتفاقًا، كما إذا قال: أسلمتُ إليك من الدراهم هذه المائة والمائة التي لي عليك؛ لأن النقود لا تتعيَّن في العقود عينًا كانت أو دينًا، حتى لو باع عينًا بدينٍ للمشتري عليه على زعم أنه مديونٌ، ثم تصادقا أن لا دين؛ لم يبطل البيعُ. فإذا لم يتعيَّن ينعقد السلمُ صحيحًا، ثم يفسدُ؛ لوجود الافتراق قبل القبض، حتى لو نُقِدَ الدين في المجلس يصحُّ، فيكون الفسادُ فيه طارئًا، والفسادُ الطارئُ لا يشيعُ اتفاقًا، كما لو باع عشرين، وهلك أحدهما قبل التسليم.

ويُقدَّر بقوله: «إن لم يبين»؛ لأنَّه إن بينَ قسطًا كليًا واحدٍ منهما يفسدُ في حصَّة الدين والحنطة خاصةً اتفاقًا.

ويُقدَّر الدينَ بكونه على المسلم إليه؛ لأنَّه لو أسلم عينًا ودينًا على غيره، كما إذا قال: أسلمتُ إليك هذه المائة والمائة التي لي على فلانٍ؛ يفسدُ العقد في الكلِّ اتفاقًا وإن نقد الدين في المجلس؛ لأن فسادهً مقارنٌ للعقد، فيتعدى، والمسألة هكذا مذكورة في «الكافي»، وعلَّةُ فساده: أن تسليم غير العاقد يكون شرطًا فيه.

(ولو ردَّ) المسلم إليه بعض ما وجده (زيوفًا من رأس المال في غير مجلس العقد منعنا الانتقاض) أي: انفساخ السلم (بقدرها)

أي: بقدر الزيوف المردودة (مطلقًا) أي: قلَّ ذلك المردود أو كثر. وقال زفر: انتقض من السلم بقدر ما ردَّه.

ولو استبدل بها الجياد في مجلس العقد يجوزُ اتفاقًا، وإن ردَّ ولم يستبدل في مجلس الردِّ؛ بطل بقدر ما ردَّ اتفاقًا.

له: إنَّ القبضَ انتقض من الأصل برده، فصار كأنَّ المردودَ لم يقبض، فيبطل العقدُ بقدره، كما لو وجده رصاصًا أو مستحقةً أو ستوفةً بطل مطلقًا، قلَّ أو كثر، استبدل به أو لم يستبدل.

(فله الاستبدال) يعني: إذا لم ينقض السلمُ عندنا؛ فللمسلم إليه أن يستبدل الزيوفَ بالجياد عند أبي حنيفة (فيما دون النصف)؛

لأنه قليلٌ، والدراهم لا تخلو عنه، فترك القياسُ فيه دفعًا للحرج، وقبضُ الزيوف قبضٌ صحيحٌ؛ لأنَّه جنسٌ حقُّه، ولهذا لو تجوزُ بها يجوزُ، بخلاف الرصاص؛ لأنَّه ليس من جنسِ حقِّه.

(والانتقاض لازمٌ) عند أبي حنيفة (إن جاوز) أي: المردود من النصف؛ لأنَّه كثيرٌ، فعمل فيه بالقياس، وأمَّا في النصف؛ ففي

روايةٍ عنه: لا ينتقض؛ لأنَّه ليس بكثيرٍ، وفي روايةٍ أخرى: ينتقض؛ لأنَّه ليس بقليلٍ.

(وقال: يستبدل في مجلس الردِّ مطلقًا) أي: جاوز من النصف أو لا؛ لأن قبضَ الزيوف لَمَّا انتقض بردها بقي العقد موقوفًا

على استبدالها، فيكون مجلسُ الردِّ في حكم القبض كمجلس العقد.

(ولو تقايلا السلم منعنا من الاستبدال) أي: من أن يشتري ربُّ السلم برأس ماله شيئًا من المسلم إليه. وقال زفر: يجوزُ؛ لأن

رأسَ المال صار دينًا في ذمة المسلم إليه بالانفساخ، فيجوزُ أن يستبدل به كسائر الديون.

¹ ح - عنه.

ولنا: قوله صلى الله عليه وسلم: «لا تأخذ إلا سلمك أو رأس مالك»¹، معناه: لا تأخذ إلا ما أسلمت فيه قبل الإقالة، أو رأس مالك بعدها.

(ولو اختلفا في مكان الإيفاء) أي: إيفاء المسلم فيه، كما قال رب السلم عينا مكان الإيفاء، وأنكر المسلم إليه، (فالقول للمطلوب) أي: للمسلم² إليه مع يمينه، (والبينة للطالب) عند أبي حنيفة. (وقالا: يتحالفان) فيفسخ السلم. وهذا الخلاف مبني على أن تعيين مكان الإيفاء عندهما يثبت بالعقد، فصار الاختلاف فيه كالاختلاف في الثمن، وعنده يثبت بالشرط، فصار كالاختلاف في شرط الخيار.

(أو في الأجل) أي: لو اختلفا في مقدار الأجل في السلم (نفينا التحالف، وجعلنا القول لمدعي الأقل) أي: أقل الأجلين. وقال زفر: يتحالفان؛ لأن الأجل مما يتوقف عليه صحة السلم كوصف المسلم فيه، فيتحالفان كتحالفهما إذا اختلفا في وصف المسلم فيه.

ولنا: إن التحالف ثبت فيما إذا اختلفا في الثمن أو في المثل على خلاف القياس، فلا يتجاوز عن مورده، والأجل ليس بمال، فكان القول للمنكر.

(أو في المسلم فيه) أي: لو اختلفا في المسلم فيه مع اتفاهما على رأس المال، كما إذا قال رب السلم: أسلمت إليك درهمًا في قفيز برّ، وقال المسلم إليه: أسلمته في نصف قفيز أو في قفيز شعير (قبل التفرق والقبض) أي: قبض رأس المال، (وبرهنا) أي: أقام كل منهما البينة على ما ادّعا، (يقضي) أبو يوسف (بعقد ويثبت الفضل) يعني: يرجح بنية رب السلم. (وحكم) محمد (بعقدين) أي: بسلمين: سلم درهم في قفيز، وسلم درهم آخر في نصف قفيز.

قيد بقوله: «قبل التفرق والقبض»؛ لأنهما إن اختلفا بعدهما يقبل بنية رب السلم اتفاقًا؛ لأنه يدعي قفيزًا بحكم السلم المترتب عليه قبض رأس المال، ولا يقبل بنية المسلم إليه؛ لأنه لا يدعي على رب السلم شيئًا؛ لأن السلم تم بالتفرق.

(أو في رأس المال) أي: لو اختلفا في قدر رأس المال مع اتفاهما على المسلم فيه، كما إذا قال رب السلم: أسلمت إليك درهمًا في كر برّ، وقال المسلم إليه: أسلمت درهمين في كر برّ (قبل التفرق والقبض³ وبرهنا؛ اتحد الخلاف) يعني: يقضي أبو يوسف بعقد واحد، ويرجح بنية المسلم إليه؛ لأنها تثبت التزائد، وحكم محمد بعقدين: سلم درهم في كر برّ، وسلم درهمين في كر برّ، فيكون على رب السلم ثلاثة دراهم، وعلى المسلم إليه كُران من برّ.

وكذا يتحد الخلاف فيما لو اختلفا في قدر رأس المال وفي المسلم فيه، كما إذا قال رب السلم: أسلمت إليك درهمًا في قفيزي برّ، وقال المسلم إليه: أسلمت إلي درهمين في قفيز برّ، يقضي أبو يوسف بعقد واحد، وتقبل بنية كل منهما في إثبات الفضل، فيقضي على رب السلم بدرهمين، وعلى المسلم إليه بقفيزين، ويقضي محمد بعقدين: سلم درهم في قفيزي برّ، وسلم درهمين في قفيز برّ، لكن المصنف أهمل هذا القسم.

لمحمد: إن البيئات حجج الشرع، فيجب أن يعمل بها ما أمكن، وبينة كل يثبت عقدًا غير ما يثبت الآخر، فيحكم بعقدين.

ولأبي يوسف: إنهما اتفقا على أنه لم يجر بينهما إلا عقد واحد، فكيف يقضي بعقدين؟

(إن تصادقا أنه دين) يعني: ما ذكر من الخلاف إذا اتفقا على أن رأس المال دراهم أو دنانير أو نحوهما من المثليات، (فإن اتفقا على أنه عين واحد) كما إذا قال رب السلم: أسلمت إليك هذا الثوب الأبيض في كرّ، وقال المسلم إليه: لا، بل أسلمته في نصف كرّ. (قضي بعقد) واحد اتفاقًا. (أو عينان) يعني: إن قالوا: رأس المال عينان، كما إذا قال المسلم إليه حين قال رب السلم: أسلمت إليك هذا الثوب الأبيض: لا، بل أسلمت هذا الثوب الأحمر في نصف كرّ. (فبعقدين) أي: فيقضي بسلمين اتفاقًا؛ لأن كلاً منهما يثبت بالبينة حقه، فرب السلم يثبت إزالة الثوب عن ملكه بالكرّ، والمسلم إليه يثبت ملكه في الثوب الآخر، فوجب القضاء.

(والمسلم إليه في دعوى التأجيل) أي: أصله، كما إذا قال: شرطنا في عقدنا أجلًا، وقال رب السلم: لم نشرطه، (مصدق) عند أبي حنيفة، فalcول قوله مع اليمين؛ لأن اتفاهما على السلم اتفاقًا على شرائطه، فإنكار الأجل بعده يكون إنكارًا عما أقر به، فلا

¹ لم نجد هذا اللفظ مرفوعًا إلا في المبسوط للسرخسي، 130/12؛ وقد روي عن إبراهيم قوله، انظر: الأصل للشيباني، 78/11. وأخرج معناه في سنن أبي داود، الإجارة 57؛ سنن ابن ماجه، التجارات 60.

² ح: المسلم.

³ د - والقبض.

يُعتبر، والمسلم إليه ينكر الفساد، وهو موافق لاتفاقهما، فيعتبر، (كرب السلم) يعني: كما أن ربَّ السلم مصدِّقٌ اتِّفاقاً إذا ادَّعى التأجيل، وأنكره المسلم إليه. وقالوا: القولُ لرب السلم إذا ادَّعى المسلم إليه التأجيل؛ لأنَّه ينكر ما هو حقُّ عليه، وهو الأجل، وإنما صدِّق ربُّ السلم؛ لأن الأجل ينفع المسلم إليه، فإذا أنكره بعد اعتراف خصمه يكون متعنِّتاً، فلا يعتبر إنكاره، فإذا جُعِل القولُ لربِّ السلم يرجع إليه أيضاً في بيان مقداره.

فإن قلت: إنَّه ليس بمتعنِّتٍ؛ لأن له نفعاً في هذا الإنكار، وهو عدم لزوم المسلم¹ فيه، واسترداد رأس ماله لفساد العقد. قلنا: فساده غير متيقِّنٍ؛ لأن الشافعيَّ جَوَّزه بلا أجل، فلم يحصل له نفعٌ من كلِّ وجهٍ، فكان متعنِّتاً لإنكاره النفع الظاهر، وهو الأجل.

فقدنا بقولنا: «أصل التأجيل»؛ لأنَّهما لو اختلفا في مقداره؛ كان القولُ لرب السلم اتِّفاقاً؛ لأنَّه ينكر زيادة الأجل، ولو اختلفا في مضيه؛ فالقولُ للمسلم إليه؛ لأنَّه ينكر حقاً عليه، وهو الإيفاء. من «المحيط».

(وهو) أي: التأجيل (في الاستصناع الصحيح) وهو ما يقع به التعامل، كالخفِّ وأجرة الحمام وشربه ماءً من السقاء بفلسٍ ونحوها، (سلم) عند أبي حنيفة، فيجب تعجيل رأس المال في المجلس، ولا يكون له خيارُ الرؤية، (كالفاسد) أي: كما أنَّ التأجيل في الاستصناع الفاسد. وهو ما لا تعامل فيه كالتياب. سلمٌ بالاتفاق ومرعيٌّ فيه جميع شرائط السلم. وقالوا: هو ليس بسلمٍ، فإن أتى به إن شاء أخذه وإن شاء تركه²؛ لأنَّه لو كان سلمًا لزم أن يفسد؛ لأن عملَ رجلٍ واحدٍ. وهو الصانع. مشروطٌ فيه، وذلك مفسدٌ، كما أنَّ اشتراط طعامٍ قريةٍ بعينها كان مفسدًا، وذكر التأجيل فيه محمولٌ على التعجيل في المدة، وأما التأجيل في الاستصناع الفاسد؛ فإنَّما حُجِّل على السلم؛ لأن استصناعه فاسدٌ، ولو لم يحمل على السلم؛ لفسد كلامه بالكليَّة، كان القياسُ في الاستصناع أن لا يجوز؛ لأنَّه يبيح معدوم، لكن جاز استحساناً لثبوت التعامل من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا، وقد روي أنَّه صلى الله عليه وسلم استصنع خاتماً ومنبراً³.

اختلف في المعقود عليه فيه، فقيل: هو العمل، ولهذا يُقال له: استصناعٌ، ويبطل بموت أحدهما كالإجارة، والصحيح: أنَّ المعقود عليه هو العين، ولهذا لو عمل الصانع بعد العقد وباعه قبل أن يراه المستصنع، أو جاء به لا من صنعه؛ جاز، ولو كان المعقود عليه العمل كما جاز ما ذكر، لكن له شبهةُ الإجارة ابتداءً، ولهذا بطل بموت أحدهما.

(ويجوز) أبو يوسف (صلح الكفيل بالمسلم فيه بأمر المطلوب) هذا متعلِّقٌ بالكفيل، وكذا قوله: (بالمسلم فيه)، والمطلوب هو المسلم إليه. (ربِّ السلم) وهو مفعولٌ «صلح». (على رأس المال النقد) أي: على أن يأخذ ربُّ السلم رأسَ ماله بدل المسلم فيه. أراد بالنقد: ما يجوز أن يثبت في الذمَّة، كالدراهم والدنانير ونحوهما من المثليات.

(وينتقل ما على المطلوب له) أي: للكفيل، يعني: الصلح جائزٌ عنده في حقِّ الكفيل، فربِّ السلم أن يأخذ من الكفيل رأسَ ماله، ثم هو يأخذ من المسلم إليه المسلم فيه على تقدير عدم إجازته الصلح، وله أن يأخذ من المسلم إليه رأسَ المال على تقدير إجازته، ويرى الكفيل عن رأس المال.

أقول: لو قال: وينقل حتى يكون الضميرُ فيه راجعاً إلى أبي يوسف، أو قال: فينتقل حتى يكون تفريراً لِمَا قبله؛ لكان أولى، والانتقال كان مستعملاً بـ«إلى»، جاء هنا باللام لتضمنه معنى التعيين⁴.

(وأوقفاه) أي: جواز الصلح (على إجازة الأصيل) الذي هو المسلم إليه، فإن أجاز الصلح صار حقُّ ربِّ السلم في رأس المال، وإن ردَّه يكون حقه في المسلم فيه كما كان.

أقول: قيَّد بقوله: بأمر المطلوب، وهذا القيْد غيرُ مذكورٍ⁵ في «المنظومة»، زاده المصنِّف، ولم يتعرَّض في «شرحه» لفائدته، أظنُّ أنَّه غيرُ محتاجٍ إليه؛ لأنَّه ذكر في «الخشانية» بعد ذكره هذه المسألة الخلافيَّة: سواء كانت الكفالةُ بأمر المطلوب أو بغير أمره، وكذا الخلافُ لو صالح أجنبيَّ ربِّ السلم على رأس المال.

1 ح: السلم.

2 د - وإن شاء تركه.

3 صحيح البخاري، الهبة 3؛ اللباس 49؛ الأيمان 5.

4 ح: التعيين.

5 د - مذكور.

قَيَّد بقوله: «على رأس المال»؛ لأنَّه لو صالح على غيره لا يجوز اتِّفَاقًا؛ لأنَّه يكون استبدالًا، وهو غيرُ جائزٍ. وقَيَّد بقوله: «النقد»؛ لأنَّه لو كان رأسُ المال عينًا كالثياب ونحوها؛ يتوقَّف الصلحُ على إجازة المسلم إليه اتِّفَاقًا. له: إنَّ المسلم فيه دينٌ، فيجوز صلحُه على رأس المال، كما جاز للكفيل الصلحُ على أيِّ مالٍ كان في سائر الديون. ولهما: إنَّ أخذَ رأس المال إنَّما يكون فسحًا في حق المطلوب؛ لأنَّ استبدالَ المسلم فيه غيرُ جائزٍ، فيتوقَّف على إجازته، بخلاف سائر الديون؛ لأنَّ المأخوذَ فيه يكون بدلًا عن الدين، وذلك جائزٌ.

(وصلح) أي: يجيز أبو يوسف صلح (أحد الشريكين) اللذين أسلما (المسلم إليه) بالنصب مفعول «صلح». (على حصته من رأس المال) فشريكه الآخر إن شاء شاركه فيما قبض، ثم يتبعان المسلم إليه بنصف المسلم فيه، وإن شاء سلم له ما قبض، ويتبع المسلم إليه بنصيبه، فإذا فعل ذلك ليس له الرجوعُ على شريكه؛ لأنَّ المخيَّر بين الشئيين إذا أخذ أحدهما تعيَّن له ذلك، إلا إذا هلك ما على المسلم إليه، فيرجع بحصته على الشريك المصالح، فإن رجع عليه؛ فهو بالخيار، إن شاء دفع إليه نصف ما قبض، وإن شاء أعطاه ربع المسلم فيه. (وأوقفاه على إجازة شريكه) فإن أجاز الصلحَ جاز، فكان ما قبض من رأس المال بينهما كأنهما معًا صالحاه، وإن ردَّ بطل الصلحُ، وبقي حقُّ كلِّ واحدٍ منهما في الطعام كما كان قبل الصلح.

قَيَّد بقوله: «على حصته من رأس المال»؛ لأنَّه لو صالح على غيرها لا يجوز اتِّفَاقًا؛ لِمَا فيه من الاستبدال بالمسلم فيه. له: إنَّه عاقدٌ، فيملك الفسخ في نصيبه.

ولهما: إن جوازَ هذا الصلح يؤدِّي إلى قسمة الدين قبل القبض، وهي غيرُ جائزة.

(ولو جاء) المسلم إليه (بحنطة) مقدَّرة في السلم، (أزيد قيمةً) من الحنطة الموصوفة فيه لجودتها، (أو أنقص) قيمةً منها، (وأخذ) من ربِّ المال شيئًا في صورة الزيادة، (أو استردَّ) بعضَ رأس المال في صورة التَّقْصان. أقول: لو قال: ورد؛ لكان أخصرَ وأولى؛ لأنَّ الضميرَ فيه راجعٌ إلى المسلم إليه، وهو رادٌّ، والمستردُّ هو ربُّ السلم. (أو بمذروع) هذه مسألةٌ أخرى، يعني: لو جاء بثوبٍ مذروعٍ فيما كان المسلم فيه مذروعًا (أنقص ذرعًا أو قيمةً) مما سمي في العقد، (يجيزه) أبو يوسف رحمه الله. وقالوا: لا يجوز.

قَيَّد في المسألة الأولى بقوله: «أزيد قيمةً»؛ لأنَّه لو جاء بأزيد قدرًا، كما إذا كان المسمى خمسة أفرزة، فجاء بستة، فقال: حُدِّ هذا، فزدي درهمًا، أو جاء بأربعة أفرزة، فردَّ إلى ربِّ المال درهمًا؛ يجوز اتِّفَاقًا؛ لأنَّه يبيح الزائد بثمنٍ معلوم، وإقالة في قدرٍ معلوم. وأمَّا في المسألة الثانية؛ فالخلافُ فيما إذا لم يبين لكلِّ ذراعٍ حصَّةً، أما إذا بيَّن؛ فجائز اتِّفَاقًا، وكذا قَيَّد فيها بقوله: «أنقص ذرعًا أو قيمةً»؛ لأنَّه لو جاء بثوبٍ أزيد بذراعٍ أو أزيد قيمةً، وطلب درهمًا لأجله، فقبل الآخر؛ جاز اتِّفَاقًا؛ لأنَّه باع ذراعًا من الثوب مقدورَ التسليم مع باقي الثوب، فيجوزُ.

له في المسألتين: قياسُ المختلف فيه على المتفق عليه.

ولهما في المسألة الأولى: إنَّ الجودةَ ساقطةٌ في الأموال الربويَّة، مثلًا: إذا جاء المسلم إليه بخمسة أفرزة حنطةٍ جيدة، وكان المسلم فيه رديئةً، وأخذ لجودتها درهمًا؛ صار كأنَّه اشترى خمسة أفرزة حنطةٍ جيدة بخمسة أفرزة رديئةٍ ودرهمٍ، فيؤدِّي إلى الربا، وكذا الاعتبارُ في نقصان قيمته، مثلًا في الصورة المذكورة: إذا كان المسلم فيه جيدةً، فجاء المسلم إليه برديئةٍ، وأعطاه درهمًا؛ صار كأنَّ ربَّ السلم اشترى خمسة أفرزة رديئةٍ ودرهمًا بخمسة أفرزة جيدة. وأمَّا اعتبارُ الجودة في الثوب؛ فلا يؤدِّي إلى الربا؛ لأنَّ بيعَ ثوبٍ جيدٍ بثوبٍ رديءٍ ودرهمٍ جائزٌ.

وفي المسألة الثانية: إنَّ الذرعَ كالوصف لم يجعل له حصَّةً من الثمن، ولو حطَّ لنقصه شيءٌ² من الثمن يكون إقالةً على مجرَّد الوصف، وذا غيرُ جائزٍ، كما لم يجزُ بيعُ الوصف.

(ولو وكلَّه في إسلام ماله في دَمْتِه) كما إذا قال الدائن للمديون: أسلم ما لي عليك في طعامٍ، (أو شرائه به) كما إذا قال: اشترِ بما لي عليك (عبدًا، فتعيَّن المسلم إليه والعبد أو بئانه شرطًا) عند أبي حنيفة، حتى لو لم يعيَّن المسلم إليه في المسألة الأولى، ولم يعيَّن عبدًا أو بئانه في المسألة الثانية؛ لا يصحُّ التوكيلُ عنده، فلا يصير المسلم فيه ولا العبدُ للأمر حتى يقبضه الوكيلُ، فيدفعه إلى الأمر لدينه. وقالوا: يصحُّ التوكيلُ، ويكونُ المسلم فيه والعبدُ للأمر.

¹ د: واسترد.

² ح: بشيء.

قَيَّد بقوله: «ما له في ذمته»؛ لأنَّه لو وُكِّله بأن يسلم أو يشتري بعين كانت عنده وديعة؛ يكون للأمر اتِّفَاعًا.
لهما: إنَّ النقود لا يتعيَّن في العقود عينًا كانت أو دينًا، فصار كأنَّه أطلق الدرهم، وهناك كان يصحُّ التوكيل، فكذا هذا.
وله: إنَّ في هذا التوكيل تملك الدين من غير من عليه الدين بلا توكيل ذلك الغير على قبضه، وهو غير جائز، وهنا لا يصحُّ توكيل المسلم إليه؛ لأنَّه مجهول، وأمَّا إذا عين العاقد؛ فيصير العاقد وكيلًا عن الأمر بقبضه أولاً، ثم يملكه ثانيًا، فيجوز هذا التوكيل، وكذا إذا عين العبد؛ تعين مالكوه، فيصير وكيلًا عنه.

(فصل في الصرف)

(إذا باع ثمنًا بثمن) أراد بهما: التَّقدِين؛ لأنَّهما متعینان للثمنية، سواءً صحبه الباء أو لا، وأمَّا المكيل والموزون؛ فإنَّما يصيرُ ثمنًا إذا صحبه الباء. (كان صرفًا) سمي هذا البيع صرفًا؛ لاحتياجه إلى النقل في بدليه من يد إلى يد قبل الافتراق، والصرف: النقل.
(ولا يتعيَّنان) أي: العوضان في هذا البيع، (حتى لو استقرضا) يعني: إذا تصارفا، ولم يكن عندهما شيء، فاستقرضا، (فأديا) قبل أن يفترقا، (أو استحق) كلٌّ من العوضين، (فاستبدلا) أي: أعطى كلٌّ منهما صاحبه بدل ما استحق من جنسه، (أو أمسكا) أي: أمسك العاقدان ما أشار إليه في العقد، (فأديا المثل؛ أجزناه) أي: في الصور الثلاث، خلافاً لرفر.
وهذا الخلاف مبني على أنَّ النقود لا يتعيَّن عندنا خلافاً للشافعي، وزفر معه، سبق بيانه في أوائل كتاب البيوع في قوله: «ولا¹ تعين النقدين».

(وتشترط² المماثلة عند اتِّحاد الجنس) وإن كان بيع مصوغ بمصوغ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «الذهب بالذهب مثلاً بمثل يدا بيد»³ الحديث.

فإن قلت: لو باع إناءً مصوغاً من نحاسٍ بمصوغٍ آخر، قالوا: إنَّه جائز، وإن لم يجز بيع النحاس⁴ بمثله متفاضلاً، فلم لم يكن في مصوغ الفضة كذلك؟

قلت: الموزونة تثبت⁵ في الذهب والفضة بالنص، ولا يخرج⁶ منه بكونه⁷ مصوغاً، وأمَّا في النحاس وغيره؛ فالموزونة ثابتة بالعرف، فإذا تعارف الناس ببيع المصوغ منه عدداً يخرج من أن يكون موزوناً.
وفي «الكفاية»: العلم بتساويهما حالة العقد شرط صحته، حتى لو تباعا ذهباً بذهبٍ مجازفةً، وافترقا بعد التقابض، ثم علما بالوزن أنَّهما كانا متساويين؛ لا يجوز عندنا، خلافاً لرفر.

(حتى صح الجواز عند الاختلاف) لجواز الربا عند اختلاف الجنس، (لا في الأوصاف) يعني: المماثلة في الأوصاف ليست بشرط؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «جيدها ورديقها سواء»⁸.

(والتقابض) أي: يشترط تقابض العوضين، وهذا شرط لصحة الصرف عند بعضي، ولبقائه عند آخرين. (قبل التفريق بالأبدان) قيَّد به؛ لأن التفريق بالمكان غير مانع كما كان كذلك في السلم، سبق بيانه في فصله. (مطلقاً) أي: سواءً كان العوضان من جنس واحد أو لا؛ لما روي، ولقول عمر رضي الله عنه: بَغِ وَرَقَكَ واستردَّ ورقه، ولا تفارقه حتى تستوفي، وإن وثب من سطح فثب معه.

(ولا يصحُّ خيارُ الشرط فيه)؛ لأنَّ الخيارَ يمنع من تمام القبض المستحق بالعقد شرعاً.

قيَّد به؛ لأنَّ خيارَ العيب وخيارَ الرؤية صحيحان فيه.

(ولا الأجل)؛ لأنه يفوت القبض صريحاً.

(وإن أسقطا) بضم الهمزة، أي: أسقط الخيارَ والأجل (في المجلس صح) لزوال المفسد قبل تقرُّره.

¹ د: لا.

² د: ويشترط.

³ صحيح مسلم، المساقات 81، 82، 83؛ سنن الترمذي، البيوع 23.

⁴ د - النحاس.

⁵ د: يثبت.

⁶ د: تخرج.

⁷ د: لكونه.

⁸ لم نجد هذا اللفظ إلا في المبسوط للسرخسي، 194/2؛ 20/3؛ 52/11. وقال الزيلعي: غريب، ومعناه يؤخذ من إطلاق الحديث السابق: «مثلاً بمثل، سواءً بسواء».

(ولو كان بعضُ البدل زيفًا، فردًّا؛ لم ينقضوا العقدَ في غير المردود) بل ينتقضُ في المردود فقط. وقال مالكٌ: ينتقض¹ في كَيْه؛ لأنَّ العقدَ واحدٌ لا يتجزأ.

ولنا: إنَّ الانتقاضَ إنَّما يحصل بالردِّ، فيتقدَّر بقدره.

(ويُبع جارية مطوّقة) أي: في عنقها طوقٌ (بذهبٍ نسيئةً فاسدًا فيهما) أي: في الجارية والطوق عند أبي حنيفة. (وخصّاه) أي: فساد البيع (بالطوق).

قَيَّد بقوله: «نسيئة»؛ لأنَّه لو باع بذهبٍ نقدٍ يجوز اتِّفاقًا.

لهما: إنَّ فسادَه. وهو الربا. موجودٌ في الطوق، لا فيها.

وله: إنَّ الصَّفقةَ متَّحدةٌ، ففسد² كلُّها بفساد البعض.

(ولو باع سيفًا محلّيًّا بمائةٍ) وهو متعلِّقٌ بـ«باع». (وحليته نصُّها) وهذه الجملةُ حالٌ، (فدفع خمسين من الثمن) ولم يقل شيئًا، (أو عنهما) أي: عن الحلية والسيف، معطوفٌ على مقدِّرٍ، وهو: فدفع خمسين عن الحلية، ولا يجوز أن يكون معطوفًا على قوله: «من الثمن»، وهو ظاهرٌ، ولو قال فدفع خمسين عنها أو عنهما أو مطلقًا؛ لكان أوَّلِي. (صحَّ) العقدُ؛ لأنَّ قبضَ حصَّةِ الحلية في المجلس واجبٌ، والظاهرُ من حال المسلم أن لا يترك الواجبَ، فيحمل عليه وإن لم يبينه ولم ينوه، كما إذا ترك سجدةً صلاتيةً في الصلاة، وسها أيضًا، ثم أتى سجدةً السهو وسلم؛ تُصرف³ إحدى سجدةً السهو إلى الصلواتية وإن لم ينوها لتصحَّ صلاتها. كذا في «النهاية». فيكون قوله: «عنهما» بمعنى: عن الحلية، كما قال تعالى: ﴿نَسِيًا حَوْتُهُمَا﴾ [الكهف، 61/18]، والناسي كان يوشع.

وفي «المحيط»: ولو قال: حُذ هذه من ثمن السيف خاصَّةً يُنظر، إن لم يكن التمييزُ إلا بضرٍ؛ يكون المنقودُ ثمنَ الصرف، ويصحان جميعًا؛ لأنَّه قصدَ صحَّة⁴ البيع، ولا صحَّةً له إلا بجواز الصرف، فحكمنا بجوازه تصحيحًا للبيع، وإن أمكن تمييزها بغير ضرٍ؛ صحَّ في السيف؛ لأنَّه صرَّح بفساد الصرف، وقصد جواز البيع، ويجوز البيعُ بدون جواز الصرف.

(ويفسدُ بالتفرُّق قبل القبض) يعني: لو تفرَّق⁵ بلا قبضٍ في بيع السيف المحلّي بطل العقدُ في الحلية؛ لأنَّه صرفٌ في مقدارها، وفات شرطه، (إلا في السيف) فإنَّ بيعه صحيحٌ بحصَّته من الثمن (إن تخلَّص) السيفُ عن الحلية. (بغير ضرٍ) قَيَّد به؛ لأنَّه لو تخلَّص بضرٍ فسد العقدُ فيه أيضًا، كبيع الجذع من السقف؛ لأنَّ تسليمه يستلزم الضررَ في غير المعقود عليه، فيكون شرطًا مخالفًا لمقتضى العقد.

(وحكم بنقضه) أي: محمَّدٌ بفساد بيع الصرف (لو أتلَف) أي: أتلَف أحد البدلين، كقلب فضةً مثلًا (قبل التفرُّق والقبض) أي: قبض القلب، (واختار المشتري تضمينه) أي: تضمينَ من أتلَف القلب، وهو معطوفٌ على «أتلَف». (ففارقه) أي: المشتري البائع (قبل قبض القيمة) أي: قبل أن يأخذ المشتري قيمة القلب من المستهلك. وقالوا: لا يفسد بيعُ الصرف.

قَيَّد بقوله: «قبل التفرُّق والقبض»؛ لأنَّه لو أتلَف بعدهما لا يفسدُ البيعُ اتِّفاقًا.

وقَيَّد⁶ باختيار المشتري تضمينَ الجاني؛ لأنَّه لو لم يختره، واختار فسحَّ العقد؛ يرُدُّ البائعُ ما أخذه، ويطلب من المتلف قيمة القلب اتِّفاقًا.

وقَيَّد بقوله: «ففارقه»؛ لأنَّه لو فارَّق الجاني لا يفسدُ اتِّفاقًا.

وقَيَّد بقوله: «قبل قبض القيمة»؛ لأنَّه لو فارقه بعده صحَّ الصرفُ اتِّفاقًا.

له: إنَّ قيمة القلب نزلت منزلةً عينه، فيشترطُ قبضها أيضًا.

ولهما: إنَّ اختيارَ المشتري تضمينَ الجاني قبضٌ، فالمفارقةُ بعده يكون بعد تمام الصرف.

¹ د - ينتقض.

² د: يفسد.

³ د: يصرف.

⁴ د: حصَّة.

⁵ د: افترقا.

⁶ د: قيد.

(ومنع) محمدٌ (من الاستبدال بها) أي: بقيمة القلب شيئاً آخرَ (قبل قبضها) لِمَا مرَّ من أنَّ قيمته نزلت منزلةً عينه. وقالوا: صحَّ الاستبدالُ بها؛ لأنَّه باختياره الضمانَ صار كقباض القلب.

(والحطُّ من ثمن القلب بعده) أي: بعد قبضه (صحيحٌ، والعقدُ فاسدٌ) يعني: من باع قلبَ فضةٍ وزنه عشرةٌ بعشرة دراهمٍ وتقباضاً، ثم حطَّ عن الثمن درهمًا؛ صحَّ الحطُّ وفسد العقدُ عند أبي حنيفة؛ لأنَّ الحطَّ تغييرٌ لصفة العقد، وهما يملكان فسحاً، فأوَّلَى أن يملكا تغييره؛ لأنَّ إبطال الوصف أهونٌ من إبطال الأصل، فإذا صحَّ الحطُّ وقع بيعُ عشرة بتسعة، فيفسد بالضرورة. (ويعكس) أي: قال أبو يوسف: لا يصحُّ الحطُّ، ويصحُّ الصرفُ؛ لأنَّ في تصحيح الحطِّ إبطالاً للعقد المتقدم.

(وأجازهما) أي: محمدٌ الحطُّ والعقدُ كليهما؛ لأنَّ الحطَّ هبةٌ مبتدأة، فيصحُّ كهبةٍ كلِّ الثمن، ولا يلحقُ بالعقد؛ لأنَّه يفسده. وفي «الخلاصة»: لو باع درهمًا بدرهم، وأحدهما أكثرُ وزنًا، فحلَّ صاحبه الآخر زيادته؛ يجوز؛ لأنَّه هبةٌ المشاع فيما لا يحتمل القسمة. ولو باع قطعة لحمٍ بلحمٍ أكثرَ وزنًا، فوهب الفضل؛ لا يجوز؛ لأنَّه هبةٌ المشاع فيما يحتمل القسمة.

(وحكمُ الزيادة كالحطِّ) يعني: صحَّ الزيادةُ في ثمن القلب وفسد العقدُ عند أبي حنيفة؛ لأنَّ الزيادةَ تغييرٌ في صفة العقد فيملكه كما سبق بيانه في الحطِّ. (وأبلاها) يعني: قالوا: الزيادةُ باطلةٌ والعقدُ صحيحٌ؛ لأنَّ في تصحيح الزيادة إبطالاً للصرف. أقول: بقي الكلامُ في أنَّ محمدًا لم جعل الحطَّ كهبةً مبتدأةً وجوزَّه، ولم يجعل الزيادة كذلك؛ والفرقُ بينهما خفيٌّ عندي.

(ولو اشترى إناءً فضةً بذهبٍ) كما إذا اشترى إبريقَ فضةٍ بعشرة دنانير، (ثم وجد به عيبًا) فلم يرده، (فصالحه على دينارٍ، وقبضه في المجلس) أي: مجلس الصلح، (فهو) أي: الصلحُ (جائزٌ) عند أبي حنيفة (مطلقًا) أي: سواءً كان الدينارُ أكثرَ من حصَّة العيب من الثمن أو أقلَّ. (ومنعه) أي: قالوا: لا يجوز الصلحُ (إن كان) الدينارُ (أكثرَ من حصته) أي: حصَّة العيب من الثمن (بما لا يتغابنُ فيه).

وهذا الاختلافُ بناءً على أنَّ بدلَ الصلح عندهما مقابلٌ بحصَّة العيب من الذهب، فيكون ربا، إلا أنَّ الفضلَ يتيقَّنُ به فيما لا يتغابنُ الناسُ في مثله، فلم يجز، لا فيما يتغابنُ فيه؛ لأنَّه قليلٌ غيرُ مانعٍ إجماعًا، وعنده مقابلٌ بالجزء الفاتت من الإناء، ولا ربا في ذلك؛ لاختلاف الجنس. كذا قاله الشراح.

أقول: فيه اشتباهٌ؛ لأنَّ القليلَ الغيرَ المانع ما لا يدخلُ تحت الوزن كذرة وذرتين، وما يتغابنُ فيه أكثرُ من هذا، فكان¹ ينبغي أن لا يجوز الصلحُ عندهما مطلقًا؛ لكونه مفضيًا إلى ربا.

(وان وقع) أي: الصلحُ في الصورة السابقة (على عشرة دراهم، وهي أكثرُ) من حصَّة العيب من الثمن (صحَّ) الصلحُ اتفاقًا، أمَّا عندهما؛ فلأنَّ العشرةَ مقابلةٌ بحصَّة العيب من الذهب، فيحلُّ التفاضلُ، وأمَّا عند أبي حنيفة؛ فلأنَّها بدلٌ عن الجزء الفاتت من الإناء، ولهذا شرط قبضها قبل الافتراق، فكأنَّه اشترى الإناءَ وعشرة دراهم بعشرة دنانير، فيقابل العشرةُ بما يماثلها من الإناء، ويجعل الباقي بإزاء الدنانير تصحيحًا لتصرفهما.

(ولو استهلك حُلِيًّا ذهبًا) وهو بضمِّ الحاء وتشديد الياء جمع حَلَى بفتح الحاء وسكون اللام، وهو ما تتحلَّى به المرأة، (فقضى عليه) أي: القاضي على من استهلكه (بقيمتها فضةً) تحررًا عن الربا، (فتفرقا قبل قبضها؛ أجزنا القضاء) وقال زفر: يطل القضاء.

قيدٌ بالقضاء؛ لأنَّ التقومَ يكون عند القاضي غالبًا لا للاحتراز؛ لأنَّهما لو اصطلحا على القيمة يجوزُ الصلحُ عندنا خلافًا له. كذا في «المصنف».

له: إنَّه ملك الذهب بالفضة، وهو صرفٌ حقيقةً، فيشترط فيه القبضُ.

ولنا: إن هذا ضمانٌ لا صرفٌ؛ لأنَّه مجبورٌ عليه، ولو كان صرفًا لَمَّا جبر عليه، فلا يُشترط فيه القبضُ.

(ولو كان له) أي: لرجل (على آخر عشرة دراهم، فاشترى منه) أي: من المديون (دينارًا بعشرة) دراهم (مطلقة) أي: غير مضافة إلى التي في الدِّمة، (وقبضه) أي: الدينار، (ثم تقاصًا) أي: جعل² العشرة التي هي ثمنُ الدينار قصاصًا بالعشرة التي كانت عليه قبل أن يفترقا.

¹ د: وكان.

² د: جعل.

وفي قوله: «ثم تقاصاً» إشارةً إلى أنَّ التقاص¹ لم يقع بنفس العقد؛ لأن الواجب بهذا العقد ثمن لا يجوز إسقاطه ولا استبداله؛ لأنه بدل الصرف، والدين ليس بهذه الصفة، فلم يكن الدين وفاءً بذلك الثمن بنفس العقد لعدم التجانس. (أجزائها) أي: تلك المقاصة. وقال زفر: لا يجوز، وهو القياس؛ لأن البائع ملك مكان بدل الصرف الدين، وهذا غير جائز؛ لأنه استبدال.

ولنا: إنهما لَمَّا تقاصاً وجب تصحيحه اقتضاءً، بأن يفسخ الصرف الأول، وينعقد صرف آخر مضافاً إلى العشرة الدين حذرًا عن الاستبدال، وقد ثبت الفسخ اقتضاءً، كما لو تباعا بألفٍ، ثم تباعا بألفٍ وخمسمائةٍ، فالبيع الأول يفسخ بالضرورة. كذا قاله مشايخ العراق.

ولقائل أن يقول: لو انفسخ الصرف الأول؛ لوجب على مشتري الدينار ردُّه على البائع بحكم الإقالة، ولم يجب، بل الوجه أن يُجعل العقد المضاف إلى الدراهم المطلقة مضافاً إلى الدراهم الواجبة قبل الصرف، فيكون تغييراً لوصف العقد مع بقاء أصله، وهو جائز كما في الزيادة على الثمن.

ويمكن أن يجاب عنه من طرفهم: بأنَّ وجوب ردِّ بدل الصرف فيما إذا كان الإقالة ثابتةً قصداً، وفيما ذكرنا يثبت في ضمن المقاصة.

(ولو اشتراه بذلك الدين) أي: الدينار² بالعشرة التي كانت في ذمة البائع³ (صح) التقاص⁴، ووقع بنفس العقد اتفاقاً؛ لأن الدين لم يجب بالعقد، بل كان ثابتاً قبله، وسقط⁵ بإضافة العقد إليه، ولا ربا في دين يسقط.

(فإن حدث) أي: الدين لمشتري الدينار على بائع الدينار بأن باع مشتري الدينار ثوباً منه بعشرة، (فتقاصاً، ففيه روايتان: أصحُّهما: الجواز) إحداهما: إنَّ المقاصة لا يصح؛ لأنه صرفٌ بدين سيجب، وفي رواية: تصح؛ لتضمُّنها انفساخ الصرف الأول، والإضافة إلى دين قائم وقت تحويل العقد، وذلك يكفي للجواز، بخلاف رأس مال السلم، حيث لا يجوز جعله قصاصاً بدين آخر متقدماً كان أو متأخراً؛ لأن المسلم فيه دين، ولو صحَّت المقاصة برأس المال يصيرُ افتراقاً عن دين بدين⁶، وهو منهي عنه.

(وخلطه دراهم غيره) يعني: خلط المودع الدراهم الوديعة (بمثلها من دراهمه) يعني: بدراهم نفسه المماثلة لتلك الدراهم بحيث لا يمكن تمييزها (استهلاكاً) عند أبي حنيفة، فيجب عليه ضمانها، وليس لمالك المخلوط أن يشاركه، وكذا الحنطة والشعير ونحوهما. (وخيَّره بين التضمين والاشتراك) يعني: عندهما إن شاء ضمَّنه وبأخذ منه مثلها، وإن شاء شاركه بقدر دراهمه، ولو هلك قبل التضمين هلك منهما جميعاً.

قيد بالخلط⁷؛ لأنها لو اختلطت بدراهمه من غير فعله؛ فهما شريكان اتفاقاً.

وقيد بقوله: «بمثلها»؛ لأنه لو خلطها بالدنانير لا يكون استهلاكاً اتفاقاً.

لهما: إنَّ عين حقه قائم حقيقةً، لكن تعدُّ تمييزه، فصار استهلاكاً من وجهٍ دون وجهٍ، فيتخيَّر المالك: إن شاء مال إلى جهة القيام، فيشاركه، وإن شاء مال إلى جهة الهلاك فيضمَّنه.

وله: إنَّ الخلط استهلاكٌ معني من كل وجهٍ؛ لانقطاع انتفاع المالك بها، فكان خلطه كخلطه بالإذابة.

(ولو استهلك دراهم غيره، فضمَّنها) أي: التزم ضمانها، (فأجلت) أي: أجله الطالب في أدائها، (أجزنا التأجيل) وقال زفر:

لا يجوز؛ لأنه في معنى الصرف، فيشترط القبض في المجلس.

ولنا: إنَّه ضمانٌ عدوانٍ؛ لأنه مجبورٌ عليه، فيجوز تأجيله.

(ولو باع إناءً فضةً، فافترقا وقد قبض بعض ثمنه؛ صح فيه) أي: فيما قبض ثمنه من الإناء؛ لأنه صرفٌ، وبطل فيما لم يقبض،

(وكان شركةً) أي: صار الإناءً مشتركاً فيه بينهما، ولم يسر هذا الفساد؛ لأنه طارٍ حصل بالتفرُّق بلا قبض.

فإن قلت: فيه تفرُّق الصفقة، فينبغي ألا يجوز.

1 د: التقاصي.

2 د - الدينار.

3 د + الدينار.

4 د: التقاصي.

5 د: أو سقط.

6 ح: بدين عن دين.

7 د: بالخلطة.

قلت: التفريق جاء من جهة الشرع؛ لاشتراطه القبض، لا من العاقد، فصار كهلاك أحد العبدین.

(ولو استحق بعضه) أي: بعض الإناء (يخير¹ المشتري في أخذ² الباقي) أي: ما بقي من الإناء بقسطه من الثمن (أو رده) أي: في رد المبيع؛ لظهور أن الشركة كانت في يد البائع، وهو عيب في الإناء؛ لانتقاصه بالتبويض، بخلاف ما مر؛ لأن الشركة إنما تثبت بصنعه، وهو الافتراق.

(أو بعض نقرة) أي: لو استحق بعض نقرة، وهي قطعة فضة لا صياغة فيها (تعيّن الأخذ) أي: أخذ ما بقي (بالحصّة) أي: بقسطه³ من الثمن؛ لأن الشركة في النقرة ليست بعيب، وهذا إذا استحق بعضها بعد قبضها، وأما إذا استحق قبله؛ فله الخيار؛ لتفرّق الصفقة عليه قبل التمام.

(ونجيز بيع درهمين ودينار بدينارين ودرهم، وأحد عشر) أي: نجيز بيع أحد عشر (درهماً بعشرة) دراهم (ودينار، ودرهمين) أي: نجيز بيع درهمين (صحيحين ودرهم غلة) وهو ما يرده بيت المال ويأخذه التجار (بدرهمين غلة ودرهم صحيح) وكذا بيع كبري بزر وشعير بكري بزر وكري شعير. وقال الشافعي: لا يجوز، وهو القياس؛ لأن هذا عقد مشتتمل على بدلين مختلفين، فوجب أن يكون الكلّ مقابلًا بالكلّ على سبيل انقسام الأجزاء بالأجزاء بطريق الشبوح، فيتحقّق فيه شبهة الربا بشبهة مقابلة الجنس بالجنس.

ولنا: إن العقد يقتضي مطلق المقابلة، وهو يحتمل مقابلة الجنس بالجنس وبخلاف الجنس، فوجب أن يحمل على خلاف الجنس تصحيحًا لتصرفه، وعن هذا قالوا: إذا باع ورقًا بورق متفاضلاً، وجعل في الجانب الذي لا فضل فيه فلسًا؛ يجوز جعلهم الزيادة بإزاء الفلّس، لكنّ كرهه محمد؛ لأنّه إذا جاز على هذا الوجه ألفت الناس التفاضل، فاستعملوه فيما لا يجوز. كذا في «المحيط».

(ويعتبر في النقدين غلبة الذهب والفضة)؛ لأن الدراهم والدنانير لا يخلو عن غشّ قليل غالبًا، وهو يهلك عند الإذابة، فلم يُعتبر، فاعتبر ما هو الغالب فيهما، فلم يجز بيعها بجنسها متفاضلاً كما لم يجز في الجياد.

(فإن غلب الغشّ) فيها على الذهب والفضة بحيث لا يتميّز عن الغشّ إلا بضرر، (جاز بيعها بجنسها) وهو المغشوش (متفاضلاً) صرفًا للجنس إلى خلافه؛ لأنّه في حكم شيتين فضة ونحاس، لكن يُشترط⁴ التقابض في المجلس لوجود الفضة من الجانبين، ومتى شرط القبض في الفضة؛ اعتبر في النحاس لعدم تميّزه.

قيد بقوله: «بجنسها»؛ لأنّها لو بيعت بالخالصة لا يجوز حتى يكون الخالصة أكثر من الفضة التي في المغشوش؛ ليكون قدُرُها بمثلها والزائدة بالغشّ على مثال بيع الزيت بالزيتون. هذا إذا عرف أنّ الفضة يجتمع عند إذابة المغشوشة ولا تحترق⁵، وأما إذا عُرف أنّها تحترق⁶؛ فلا يجوز بيعها بجنسها متفاضلاً. وأما متساوي الغش والفضة؛ فكغالب الفضة حتى لا ينتقض العقد بهلاكها؛ لأنّها ثمن، وكغالب الغشّ في الصرف حتى إذا بيعت بجنسها متفاضلاً جاز. كذا في «الهداية».

(وكسادها مبطل للبيع) يعني: إذا اشترى بالدراهم المغشوشة شيئًا، ثم كسدت؛ يبطل البيع عند أبي حنيفة، وحدّ الكساد: أن لا يروج في جميع البلاد عند محمد، وعندهما: أن لا يروج في بلد العاقدين. كذا في «العيون». وقالوا: لا يبطل البيع بالكساد. قيد بكسادها؛ لأنّها لو رخصت لا يبطل اتفاقًا، فيطالبه بما وقع عليه العقد بذلك العيار الذي كان وقت البيع. كذا في «الفوائد الظهيرية».

له: إن الثمنية يثبت لها بعراض الاصطلاح، فإذا كسدت رجعت إلى أصلها، ولم يبق ثمنًا، فبطل العقد لبقائه⁷ بلا ثمن.

ولهما: إن الثمن تعلّق بالذمة، والكساد عرض على الأعيان دون الذمة، ولّمّا لم يتمكن من تسليم الثمن لكساده يجب قيمته. (ويوجب) أبو يوسف (القيمة يوم العقد)؛ لأنه مضمون بالبيع، فيعتبر قيمته في ذلك الوقت كما اعتبر قيمة المغصوب يوم الغصب، (لا آخر التعامل) وهو بالجرّ معطوف على «العقد»، يعني: قال محمد: عليه قيمة يوم ترك الناس المعاملة بها؛ لأن التحول من ردّ المسمى إلى قيمته إنّما صار بالانقطاع، فيعتبر يومه، وحدّ الانقطاع: أن لا يوجد في السوق، وإن وجدت في الصيارفة والبيوت.

1 د: تخير.

2 ح: لأخذ.

3 د: بقسط.

4 د: يشرط.

5 ح: يحترق.

6 ح: يحترق.

7 د: لبقائها.

(ويجوز البيع بالفلوس النافقة) أي: الرابحة (كالنقدين)؛ لأنها لَمَّا صارت ثمنًا بالاصطلاح أخذت حكم النقود الموضوعة للثمنية، فلا يتعين في العقد، فله أن يعطي غيرها وإن عيَّنهما؛ لأن التعيين يحتمل أن يكون لبيان قدر الواجب ووصفه، وأن يكون لتعلق الحكم بعينها، فلا يبطل الاصطلاح بالمحتمل إلا أن يصحح بإبطاله، بأن يقولوا: أردنا به تعليق الحكم بعينها، فحينئذ يتعلق العقد بعينها. ويجب التعيين في الكاسدة)؛ لأنها صارت سلعة بالكساد.

(ومنع) محمد (بيع فلس بفلسين بأعيانهما) وقالوا: يجوز ذلك البيع.

قيد بقوله: «بأعيانهما»؛ لأنهما لو كانا دينين أو أحدهما دينًا والآخر عينًا؛ لا يجوز اتفاقًا للنساء.

له: إنها أثمان، والأصل فيها أن لا يتعين، واصطلاح العامة لا يبطل باصطلاحهما على خلافه، فإذا قوبل فلس بمثله يبقى الآخر ربا.

ولهما: إنَّ الفلوس في الأصل عروض، وثمنيتها تثبت¹ بالاصطلاح، وللعاقدين ولاية ترك ذلك الاصطلاح على أنفسهما، وإن أجمع² غيرهما عليه؛ فيعتبر تركهما لكونه موافقًا للأصل، فإذا بطلت الثمنية؛ فعدت الفلوس باقية، فيجوز بيع الواحد منها باثنين كبير جوزه بجوزتين، وأما إذا³ اصطلاحا على أن يجعل الفلوس أثمانًا إذا كسدت عند الكل؛ فلا يُعتبر؛ لأنه وقع مخالفاً للأصل. (ولو استقرضها) أي: الفلوس، (فكسدت؛ رد عينها) إن كانت قائمة اتفاقًا، (فإن هلكت؛ فعليه رد مثلها) عند أبي حنيفة، وقالوا: يجب عليه رد قيمتها؛ لأنه تعدر ردها كما قبضها؛ لأن المقبوض كان ثمنًا، والمردود ليس بثمن.

وله: إنَّ المردود في القرض جعل عين المقبوض حكمًا، وإلا يلزم مبادلة جنس بجنس نسيئة، وإنه حرام، فلا يشترط فيه الرواج. (ويوجب) أبو يوسف عليه (القيمة يوم القبض) أي: قيمة الفلوس يوم قبضها، (لا يوم الكساد) يعني: عند محمداً؛ يعتبر قيمتها يوم كسادها.

قيل: هذا القول أنظر للمستقرض؛ لأن قيمتها يوم الانقطاع أقل، وقول أبي يوسف أيسر؛ لأن قيمتها يوم القبض معلومة، ويوم الكساد لا يعرف إلا بحرج.

وفي «المنتقى»: لو كان الفلوس ثمنًا، فرخصت أو غلث قبل القبض، قال أبو يوسف: عليه قيمتها من الدرهم يوم وقع البيع. (وأجزنا الشراء بنصف درهم فلوس يؤدى منها) أي: من الفلوس (ما يباع به) أي: بنصف درهم من الفلوس. وقال زفر: لا يجوز؛ لأن العقد إن تعلق بالفلوس؛ فإنها مقدرة بالعدد، وإن أراد به أن يشتري بفضة على أن يعطي بدلها فلوساً؛ فإنه شرط مفسد.

ولنا: إنَّ المراد به: ما يباع من الفلوس بنصف درهم، وهو معلوم عند الناس، فصار كأنه صرح بقدر الفلوس.

(ويجزه) أي: أبو يوسف الشراء (بدرهم فلوس)؛ لأنه معلوم عند الناس. (ومنه) محمد؛ لأن القياس كان يأتي عن جواز مثل هذا الشراء، إلا أنه ترك القياس فيما دون درهم؛ لجريان العادة عليه، والأصح: أنه يجوز في الدرهم أيضًا لكونه متعارفًا.

(ولو أعطاه) أي: صرفاً (درهماً، فقال: أعطني بنصفه فلوساً وبنصفه نصفاً إلا حبة) أي: درهماً صغيراً يساوي نصف الدرهم إلا حبة، (فهو) أي: البيع في الكل (فاسدًا مطلقاً) عند أبي حنيفة؛ لأن فساد البيع في الفضة سرى إلى الفلوس. (وأجازاه في الفلوس)؛ لأنه غير ساير عندهما.

(ولو كثر الإعطاء) بقوله: أعطني بنصفه نصفاً إلا حبة، (فالحكم كقولها) يعني: يجوز في الفلوس اتفاقًا؛ لأن العقد تفرق

بتكرُّر الإعطاء. كذا قالوا.

لكن فيه إشكال؛ لأن قوله: أعطني مساومة كلفظ بعني، وبالمساومة لا ينعقد البيع، فكيف يتكرُّر بتكراره؟

لعلَّ الوجه أن يُقال: تكرار أعطني يدلُّ على أنَّ مقصوده تفرُّق العقد، فحمل على أنَّهما عقداً عقدين.

(أو قال) حين أعطاه درهماً: أعطني (نصف درهم فلوساً ونصفاً إلا حبة جاز) اتفاقاً؛ لأنه قابل الدرهم بما يباع من الفلوس

بنصف درهم وبنصف درهم إلا حبة، فكان نصف درهم إلا حبة مقابلاً بمثله، والباقي مقابلاً بالفلوس.

(كتاب الرهن)

¹ د: يثبت.

² ح: اجتماع.

³ د - إذا.

وهو في اللغة: الحبس، وفي الشرع: جعل العين محبوبًا بحقٍ يمكن استيفاءه منه كالدُّيون، ويطلق على المرهون تسميةً للمفعول باسم المصدر.

(ينعقد بالإيجاب والقبول، ويتم بالقبض) وفيه إشارة إلى أنَّ القبض شرطُ اللزوم كما في الهبة؛ لأنَّه قبضٌ بعقدٍ مشروع، فأشبهه البيع. وقال بعضٌ: إنَّه شرطُ الجواز، وبه قال محمدٌ. كذا في «المعني».

(ويكتفى فيه) أي: في قبض الرهن (بالتخلية) أي: برفع الموانع من قبض المرتهن في زمانٍ يمكنه القبض (في الأصح) أشار به إلى ما روي عن أبي يوسف: أنَّه لا يثبت إلا بالنقل؛ لأن قبضه موجبٌ للضمان ابتداءً، فلا يثبت إلا بالنقل كالغصب. قلنا: قبضُ الرهن مشروعٌ، فأشبهه البيع دون الغصب، فلا يقاس عليه.

(فإذا قبضه المرتهن) أي: الرهن حال كونه (محرورًا) أي: مقسومًا، احترز به عن رهن المشاع، فإنَّه غيرُ جائزٍ. (مفرغًا) عن الراهن ومتاعه، حتى لو رهن دارًا وسلَّمها وهو فيها؛ لا يتم حتى يسلمه ثانيًا بعد خروجه منها؛ لأن التسليم الأوَّل لم يصحَّ لشغلها به. (مميزًا) عن اتِّصاله بغيره اتِّصالَ خلقٍ، احترز به عن رهن الثمر على رأس الشجر دون الشجر، فإنَّه غيرُ جائزٍ.

(ثم العقد فيه وما لم يقبضه) أي: ما دام لم يقبض المرتهنُ الرهنَ (يتخيَّر الراهن فيه بين التسليم) أي: تسليم الرهن إلى المرتهن (والرجوع) عن الرهن؛ لأنَّه عقدٌ تبرع، ولهذا لا يجبرُ عليه، فلا يتمُّ بلا قبضٍ كما في الوصية.

(ولم يلزمه) أي: أئمتنا الراهنَ (بالإقباض) وقال مالكٌ: لزم عليه بمجرد العقد أن يسلمَ الرهنَ إلى المرتهن، ولو امتنع عن ذلك يجبرُ عليه؛ لأنَّه وثيقةٌ، فأشبهه الكفالة.

ولنا: قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة، 283/2]، والمصدرُ المقرونُ بحرف الفاء في جواب الشرط يراد به الأمر، يعني: فارهنوا، كقوله تعالى: ﴿فَضْرِبَ الرِّقَابِ﴾ [محمد، 4/47]، والأمرُ بالشيء الموصوف يقضي أن يكون ذلك الوصفُ شرطًا فيه.

لو قال فيما سبق: وينعقد بالإيجاب والقبول ولم يتمَّه إلا بالقبض؛ لكان أوجز، ولم يحتج إلى قوله: «ولم يلزمه»¹.

(ولا يصحُّ إلا بالديون)؛ لأن الرهن استيفاءٌ بَدَأ، والاستيفاءُ إنَّما يتحقَّق في الواجب في الذمة ظاهرًا وباطنًا، أو فيما هو وبمنزلته، أو فيما هو دينٌ ظاهرًا، والأوَّل معلومٌ، والثاني كالدين الموعود، كما إذا رهن رجلٌ رجلًا ليقرضه ألفَ درهمٍ، فإنَّه صحيح؛ إذ الظاهر أنَّ الخلف لا يجري في الوعد، وكان مفضيًّا إلى الوجود غالبًا، بخلاف الرهن بالدرك؛ لأن الدرك لا يكون موجودًا غالبًا؛ إذ الظاهر أنَّ المسلم يبيع مال نفسه، فإذا هلك؛ فعلى المرتهن ما سقى من المال إذا كان الموعود مساويًا لقيمة الرهن أو أقلَّ منها، أمَّا إذا كان أكثر من قيمة الرهن؛ فيجب على المرتهن الدفْع بمقدار قيمة الرهن؛ لأنَّه يقع الاستيفاءُ بهذا القدر تقديرًا، وكذا إن لم يكن سقى قدره، فيعطيه المرتهنُ ما شاء، ولا يصدِّق في أقلَّ من درهمٍ. والثالث كما إذا اشترى عبدًا، ورهن بالثمن، فهلك الرهن، ثم ظهر أنَّ العبد حرٌّ، يجب على البائع أن يضمن الأقلَّ من قيمة الرهن ومن ثمن العبد، ويجوز الرهنُ ببدل الكتابة وإن لم يجز الكفالة به. كذا في «التبيين».

(أو الأعيان المضمونة بأنفسها) وهي ما يجب مثلها إذا هلكت إن كانت مثليَّة، أو قيمتها إن كانت قيمية، كالمغصوب وبدل الخلع والمهر وبدل الصلح عن دم العمد، فيصحُّ الرهنُ بها.

فإن قلت: يخالف هذا ما قاله القدوريُّ في «مختصره»: ولا يصحُّ الرهنُ إلا بدين.

قلت: الموجبُ الأصليُّ في الأعيان المضمونة القيمة على ما عليه الجمهور، وردُّ العين مخلصٌ عنه، وهو دينٌ، ولهذا يصحُّ الكفالة به، والإبراء عن الضمان حال قيام العين، مع أنَّهما غيرُ جائزين عن العين كالوديعة بالإجماع، فيكون الرهنُ بالأعيان رهنًا بالدين. وأما توجيهُ صحة الرهن بالأعيان المضمونة على ما عليه بعضُ المشايخ من أنَّ الموجب الأصليُّ فيها ردُّ العين وردَّ القيمة مخلصٌ؛ فهو أنَّ الأعيان تكون² مضمونةً عند الهلاك بالقبض السابق، ولهذا يعتبرُ قيمتها يوم القبض، فيكون رهنًا بعد وجود سبب وجوب الدين، فيصحُّ.

قيدٌ بالمضمونة؛ لأن الأعيانَ الغيرَ المضمونة كالودائع والعواري لا يجوز الرهنُ بها؛ لعدم وجوبها في الذمة بالقبض.

وقيد بقوله: «بنفسها»³؛ لأن المضمونَ غيرها كالبيع في يد البائع لا يجوز الرهنُ به؛ لأن البيع يبطلُ بهلاكه، ويسقط الثمنُ.

¹ ح - ولو قال فيما.

² ح: يكون.

³ د: بأنفسها.

(ونجعل حكم الرهن حبسه بالدين) في يد المرتهن (بإثبات يد الاستيفاء عليه) أي: على المرتهن من وجه، هذا هو الأصل عندنا. (لا تعلق الدين به) يعني: حكم الرهن عند الشافعي تعلق الدين به (استيفاءً من عينه بالبيع) هذا هو الأصل عندنا. له: إنَّ الرهنَ شرعٌ لاستيثاق الدين كالكفالة، وهو إنَّما يتحقق إذا استوفى المرتهنُ الدينَ من ثمنه، كاستبقاء الدين من ذمة الكفيل.

ولنا: إنَّ الرهنَ هو حبسُ الشيء بحقِّه، فيملك المرتهنُ حبسه فحسب، ليكون الراهنُ عاجزًا عن انتفاعه، فيتسارعُ إلى قضاء الدين.

ثم ذكر المصنّف مسائلَ تفرّيعًا على هذين الأصلين:

منها: قوله: (فنجعله مضمونًا) يعني: الرهنُ عندنا مضمونٌ، وعند الشافعي: أمانةٌ.

لنا: إنَّه محبوسٌ للدين ومقبوضٌ لأجله، فلو كان الدينُ مقبوضًا كان مضمونًا؛ لأن الدائنَ إذا أخذ ما على المديون من الدراهم يجب عليه ردُّ مثل ما أخذه، فينقاصان، هذا هو الطريقُ في قبض الديون، فإذا كان قبضُ الدين مضمونًا؛ يلحقُ به ما هو مقبوضٌ لأجله، كما جعل المقبوضُ على سوم الشرى كالمقبوض بعد البيع دفعًا للضرر عن مالك العين.

وله: إنَّ الرهنَ للاستيثاق، فإذا صار مضمونًا وسقط الدينُ بهلاكه؛ فات معنى التوثيق عنه.

(فإن ساوت قيمته) أي: قيمة الرهن (الدين) هذا تفرّيعٌ على كون الرهن مضمونًا. (صار) المرتهنُ (مستوفيًا حكمًا، أو زادت كان الفضل) أي: ما فضل من الدين (أمانة) في يد المرتهن لا يضمن ما لم يتعدَّ في هلاكه. (أو نقصت) أي: كانت قيمته أقلَّ من الدين (سقط بقدره) أي: الدين بقدر الرهن، (ورجع بالفضل) أي: طلب المرتهنُ من الراهن الزائد على قيمة الرهن.

وفي «الأجناس»: لو شرط أن لا يسقط الدينُ إن هلك الرهنُ كان شرطًا باطلًا، والرهنُ جائزًا، وكذا لو نقص الرهنُ من حيث العينُ يسقط الدين بقدره، ولو نقص من حيث السعر لا يسقط.

ومنها: قوله: (ونعدي حكمه إلى الزوائد كالولد) فيكون رهنًا مع الأصل عندنا؛ لأن حكم الرهن لئلا كان هو الحبس بالدين سرى إلى الفروع. وقال الشافعي: لا يتعدى؛ لأن تعين عين الرهن للبيع لا يستدعي تعين عين آخر.

وفي قوله: «كالولد» إشارةٌ إلى أنَّ الخلافَ في الزوائد التي هي أعيانٌ منفصلةٌ متولدةٌ من الرهن؛ لأنَّها لو لم يكن كذلك كأجرة الرهن وكسبه وغلة الأرض؛ لا يكون رهنًا مع الأصل اتفاقًا، ولو كانت متصلةً كالسمن والكبر يكون في حكم الأصل اتفاقًا.

(وأضافوا الثمار) الحاصلة من الأشجار الموهونة إليها، وجعلوها رهنًا معها (أيضًا) أي: كما جعلوا الولد رهنًا مع أصله. وقال مالكٌ: لا يضاف الثمار؛ لأنَّها نماءٌ مخالفٌ لأصولها في الصورة، فيصيرُ ككسب الرهن.

ولنا: إنَّها متولدةٌ حال كون أصولها رهنًا، فيسري حكمها إليها.

(فإن هلك) الزوائد (بغير شيء) أي: فلا يسقط بمقابلتها شيءٌ من الدين، سواءً هلك مع الأصل أو بدونه؛ لأن الأتباع لم يكن موجودةً وقت الرهن. هذا إذا هلكت باقية، ولو استهلكها المرتهنُ بإذن الراهن، ثم هلك الأصل؛ يكون لها حصّةٌ من الدين، فينقسم على قيمة الزائدة التي أتلفها المرتهنُ وعلى قيمة الأصل، فما أصاب الأصل يسقط، وما أصاب الزائدة أخذها المرتهن من الراهن؛ لأنَّها تلفت بتسليط الراهن، فصار كأنَّه أخذها وأتلفها. كذا في «المحيط».

(أو الأصل) يعني: إن هلك الأصل وبقي النماء (افتك النماء) وفي «الصحاح»: يُقال: فكَّ الرهنَ فكًا وفكوكًا وافتكته، أي: خلصه الراهن. (بحصته بتقويم الرهن يوم قبضه)؛ لأنه كان مضمونًا بقبضه، فاعتبر قيمته يومه. (والنماء) بالجر، أي: بتقويم النماء (يوم فكاكه)؛ لأن النماء إنَّما صار مقصودًا ومقابلًا بشيءٍ من الدين وقت الفك، ولهذا لو هلك الولد بعد هلاك أمه قبل الفك هلك بغير شيءٍ.

وفي «الصحاح»: فكاك الرهن بالفتح: ما يفك به، والكسر لغةٌ.

(فيسقط ما أصاب الأصل) يعني: بعد قسمة الدين على قيمة الرهن، والنماء يسقط ما أصاب الأصل؛ لأنَّه كان مقابلًا بالدين ومقصودًا، ويتفك الراهن ما أصاب النماء، مثلًا: إذا كان قيمة الأصل ألفًا، وقيمة الولد ألفًا؛ فالدين بينهما نصفان، فإن مات الولد؛ ذهب بغير شيءٍ، وبقيت الأم بجميع الدين، وإن ماتت الأم وبقي الولد، فإن افتكته افتكته بنصف الدين، وإن هلك الولد بعد موت الأم؛ ذهب

بغير شيء، فذهب كل الدين بموت الأم. ولو لم يمت¹ واحدٌ منهما، ولكن نقصت قيمة الأم، فصارت خمسمائة، أو زادت، فصارت ألفين، والولد على حاله؛ فالدين بينهما نصفان، ولا يتغيّر عما كان، وإن كانت الأم على حالها، وانتقصت قيمة الولد، فصارت خمسمائة؛ فالدين بينهما أثلاث: ثلثان في الأم، وثلث في الولد. ولو زادت قيمة الولد، فصارت ألفين؛ فثلثا الدين في الولد، والثلث في الأم، حتى لو هلكت الأم بقي الولد بثلتي الدين. كذا في «المحيط».

(ويجوز) أبو يوسف (الزيادة في الدين) كما إذا حدث للمرتهن على الراهن دين آخر، فاتفقا على أن يكون الرهن رهناً بالدينين. وقالوا: لا يجوز، أي: لا يكون الرهن رهناً بالزيادة، لا أن نفس زيادة الدين غير جائزة؛ لأنها صحيحة اتفاقاً. له: القياس على جواز الزيادة في الرهن.

ولهما: إن الزيادة في الدين تفضي إلى شيوع الرهن؛ لأن بعضه يصير بمقابلة الدين الأول وبعضه بالثاني، والشيوع فيه غير جائز. (وأجزئها) أي: الزيادة (في الرهن) وقال زفر: لا يجوز كما لا يجوز في الدين.

ولنا: إن الرهن إذا زيد يصير الشيوع في الدين، بأن يصير الزائد بمقابلة بعض الدين، والشيوع فيه لا يبطله، ولهذا جاز الرهن ببعض الدين، ولا كذلك الزيادة في الدين كما بيناه. ثم إذا صحّت الزيادة في الرهن؛ فُسّم الدين على قيمتها يوم قبضها، وعلى قيمة الأول يوم قبضه؛ لأن كلاهما دخل في الضمان يوم قبضه.

ومنها: قوله: (ونمنع انتفاع الراهن به) أي: بالرهن (مطلقاً) أي: سواء أضرّ ذلك المرتهن، كلبس الثوب إذا نقص به، أو لا يضرّ كسكنى الدار.

وقال الشافعي: يجوز للراهن أن ينتفع بالرهن إذا لم يضرّ بالمرتهن؛ لأن تعيئه للبيع لا يمنع انتفاع المالك به.

ولنا: إن حكم الرهن هو الحبس لتعجيز² الراهن، فلا يملك الانتفاع به؛ لأنه ينافيه.

قيّد بالراهن؛ إذ ليس للمرتهن ذلك اتفاقاً.

وانتفاع الراهن بالوطة ممنوع اتفاقاً. من «الحقائق».

(وضمّنه بدعواه الهلاك) يعني: إذا ادّعى المرتهن هلاك الرهن، ولم يُقم البينة عليه؛ ضمّنه عندنا (مطلقاً) أي: سواء كان الرهن من الأموال الظاهرة كالحيوان، أو الباطنة كالنقدين والعروض. (لا في الأموال الباطنة) أي: قال مالك: يضمّن في الباطنة؛ لأنه متهم فيه، وقول المتهم غير مقبول.

ولنا: ما قدمناه من الدليل في قوله: «فنجعله مضموناً».

(ولو أبق) الرهن، (فجعل بالدين) أي: جعله القاضي مستوفياً بالدين، وأسقطه به، (ثم عاد) الأبق؛ (أعدناه رهناً)؛ لأن قبض الرهن إنما يكون استيفاءً حقيقة إذا هلك، ولمّا علّم أنّه لم يهلك؛ بقي محبوباً على الرهنية. (لا ملكاً للمرتهن) يعني: قال زفر: عاد ملكاً للمرتهن؛ لأن القاضي ملكه إياه، فصار كالمغصوب إذا ضمنه الغاصب بعد إباقه، ثم عاد.

(ولو هلك) الرهن (في يد المرتهن بعد إبرائه) أي: إبراء المرتهن (الراهن من الدين أهدرناه) أي: الإبراء، فلا يضمن المرتهن شيئاً من الرهن. وقال زفر: يضمّن قدر الدين إذا كان قيمة الرهن قدر الدين أو أكثر منه، فأما إذا كان القيمة أقلّ من الدين؛ لا يجب عليه إلا قدر قيمة الرهن. كذا في «المصنف».

وكان عليه أن يبيّن كيفية الضمان.

له: إن قبض المرتهن استيفاءً من وجهه، فلمّا هلك الرهن بعد الإبراء تمّ ذلك القبض، فصار مستوفياً حقيقةً من حين القبض، فيردّ مثل ما استوفى كما كان يرده لو هلك الرهن بعد استيفاء الدين.

ولنا: إن الدين صار بالإبراء كأن لم يكن، وإذا بطل الدين بطل الرهن، فلم يكن قبضه قبضاً استيفاءً، بل كان أمانةً، بخلاف ما إذا هلك الرهن بعد استيفاء الدين؛ لأن قبض الرهن استيفاءً موقوف، فإذا هلك الرهن تقرّر ذلك الاستيفاء، فانتقض الاستيفاء الثاني، فيضمن ما استوفاه.

¹ د: تمت.

² د: ليعجز.

³ د: ولا.

(أو بعد تبرُّع آخر بالدين) يعني: لو هلك الرهن بعد أداء رجل دين المرتهن متبرِّعًا، (أو بضمن عبدٍ، ثم ردَّ بعيبٍ) يعني: لو تبرَّع آخر بضمن عبدٍ اشتراه، ثم وجد به عيبًا، فردَّه، (أو بمهرٍ، ثم طَلَّقت قبل الدخول) يعني: لو هلك الرهن بعد¹ تبرُّع آخر بأداء مهرٍ امرأته، فطلقها زوجها قبل الدخول بها، (جعلنا الدين) في المسألة الأولى (والثمن) في المسألة الثانية (ونصفه) أي: نصف المهر في المسألة الثالثة (للمتبرِّع لا للراهن والمشتري والزوج). يعني: قال زفر: الدين في الأولى للراهن، والثمن في الثانية للمشتري، ونصف المهر في الثالثة للزوج، فيرجع عنها؛ لأن المتبرِّع لَمَّا قضى عن هؤلاء صار ما أداه هؤلاء، كما لو قضى بأمر هؤلاء.

ولنا: إنَّ الدين لَمَّا سقط بهلاك الرهن تبيَّن أنَّ المتبرِّع أدَّى دينًا غير واجبٍ، فيجب الرُدُّ إليه، بخلاف القضاء بأمرهم؛ لأنَّه يرجع عليهم، فملكوه بالضمان.

أقول: قوله: «أو بضمن» معطوفٌ على قوله: «بالدين»، فيكون التقدير: لو هلك الرهن بعد تبرُّع آخر بضمن عبدٍ أو بمهرٍ، والمعنى ليس كذلك؛ إذ الرهن ليس بموجودٍ في الأخيرين، يشعرُ به شروحُ «المنظومة» و«شرح المصنف»، ولو قال: وكذا لو أدَّى بضمن عبدٍ... إلى آخره؛ لكان المتنُّ موافقًا للشرح².

(ويجعلها) أي: أبو يوسف ما أعطاه المديونُ دائته (وديعه بقوله: أمسكته حتى أوفيك) أي: أعطيك حَقَّك. وقالوا: هو رهنٌ لا وديعةٌ.

له: إنَّ إعطائه يحتمل الإيداع والرهن، فيثبت أدناهما، وهو الإيداع.

ولهما: إنَّ مقصوده وجودُ الحبس منه إلى وقت الإعطاء، وهو معنى الرهن، فيكون رهنًا؛ إذ العبرة للمعاني.

(ويطالب المرتهنُّ) الراهنَ (بالدين) وإن كان الرهنُ في يده؛ لأنَّه للاستيثاق، فلا يمنع مطالبة الدين.

(ويحبس به) أي: المرتهنُّ الراهنَ بدينه؛ لأنَّه جزاءٌ لظلم مَطْلعه، ثم إذا طالب المرتهنُّ يُؤمَّر بإحضار الرهن وإن كان في غير بلد العقد ليعلم أنَّه باقٍ؛ إذ لو كان هالكًا يصيرُ مستوفياً مرتين إذا قبض الدين. هذا إذا كان الرهنُ في يده، وأمَّا إذا في يد عدلٍ؛ لا يُؤمَّر بإحضاره؛ لأنَّ الراهنَ لم يأتَمَّنْ عليه ووضعه في يد غيره، وإن كان له حملٌ وموئنةٌ لا يُؤمَّر المرتهنُّ بإحضاره؛ لأنَّه عاجزٌ عنه، بل التخليفة فيه كافيةٌ.

(وليس عليه التمكين من البيع) أي: ليس يجب على المرتهن أن يمكِّن الراهنَ من بيع الرهن (للإيفاء) أي: لإيفاء الدين من ثمنه؛ لأنَّ حكمَ الرهن: الحبسُ إلى أن يقبض تمام الدين. (لكن إذا قضاه) أي: الراهنُ الدينَ (سَلَّمه إليه) أي: الرهنُ إلى الراهن لوصول حَقِّه إليه، ولو هلك الرهن بعد قضاء الدين قبل تسليمه إلى الراهن استردَّ الراهنُ ما قضاه؛ لصيرورة المرتهن مستوفياً عند هلاك الرهن بقبضه السَّابِق، ولكون الثاني استيفاءً بعد استيفاءٍ، وهذا؛ لأنَّ الرهنَ ما دام في يد المرتهن يكون مضمونًا عليه وإن استوفى الدين، وكذا لو هلك بعدما فسخا الرهنَ ما دام في يده.

(ويحفظه) أي: المرتهنُّ الرهنَ (بنفسه وزوجته وولده وخادمه)؛ لأنَّه كالوديعة في يده، (وهما في عياله) أي: حال كون ولده وخادمه في عياله، فلا³ يشترطُ في المرأة أن تكون في عياله ولا في الابن الصغير، والمعتبرُ فيه المساكنة، ولا عبرةٌ بالنفقة، حتى إنَّ المرأة لو دفعته إلى زوجها لا تضمنُ، وأجيرُهُ الخاصُّ كولدته الذي في عياله.

(فإن حَفِظَه بغير من في عياله أو أودعه يَضْمَنُ) المرتهنُّ؛ لأنَّ المالك ما أُذِنَ في ذلك.

(ولو ارتهنا ما يُقسَمُ، فدفعه أحدهما إلى الآخر؛ فهو ضامنٌ) عند أبي حنيفة (النصف) أي: نصف الرهن إذا هلك. وقالوا: لا يضمنُ.

قَيَّدَ بما يقسَمُ؛ لأنَّه لو دفعه ما لا يقسَمُ لا يضمنُ اتِّفَاعًا.

لهما: قياسُ ما يقسَمُ على ما لا يقسَمُ.

وله: إنَّه دفع الأمانة إلى من لم يرَضَ المالك بحفظه، فيضمنُ كما لو دفعه إلى أجنبيٍّ، بخلاف ما لا يقسَمُ؛ لأنَّ المالك قد رَضِيَ بحفظ أحدهما كلَّ الرهن؛ لأنَّه يعلم أنَّهما لا يجتمعان على حفظه دائمًا.

¹ ح - هلك الرهن بعد.

² د - أقول: قوله.

³ د: ولا.

(ولا ينتفع) المرتهن من الرهن (بركوب، ولا ليس، ولا استخدام، ولا سكنى)؛ لأن حق المرتهن إنما هو في الحبس، لا في الانتفاع. (إلا بإذن) أي: بإذن الراهن. ولو هلك الرهن حالة استعماله بإذنه، يهلك أمانة، ولو هلك بعده يهلك بالدين، بخلاف الغاصب إذا انتفع بإذن المالك، فهلك المغصوب؛ لا يضمن، سواءً هلك حالة العمل أو بعده. كذا في «الجامع¹ الكبير».

(ولا يبيع) المرتهن الرهن (إلا بتسليط) من الراهن، فيكون وكيلًا عنه في البيع، (ولا يؤجر، ولا يعير) لعدم ولايته على تسليط غيره عليه. (فإن فعل) ما ليس له أن يفعله (كان متعديًا) حتى لو ارتهنه خاتمًا، فجعله في خنصره؛ يضمن؛ لأنه استعمالٌ عادةً، وإن فعله في غيره من الأصابع لا يضمن؛ لأنه من باب الحفظ. وإن لبسته مرتنه في أصبعها؛ تضمن أية أصبح كانت؛ لأن النساء يلبسن³ كذلك. ولو رهن سيفين، فتقلدهما المرتهن؛ ضمن، وفي الثلاثة لا يضمن؛ لأن العادة جرت بين الشجعان بتقلد السيفين في الحرب دون الثلاثة.

(فيضمن⁴) المرتهن إذا هلك الرهن بعد التعدي (جميع قيمته) أمًا في مقدار الدين؛ فلائته مضمونٌ عليه ضمان الرهن، وأما في الزائد عليه؛ فوجود التعدي.

ثم إن قضى القاضي القيمة من خلاف جنس الدين؛ يكون رهنًا مكانه، وإن قضى من جنسه وقد حلَّ الدين؛ يكون قصاصًا بمجرد القضاء، وإن كان الدين مؤجلًا؛ يكون رهنًا مكانه إلى حلول الأجل.

(وإن استعاره الراهن) ليخدمه، (وقبضه؛ خرج من ضمان المرتهن) حتى إذا هلك في يد الراهن هلك بغير شيء؛ لفوات القبض عنه، لكن المرتهن أحقُّ به من سائر الغرماء إذا مات الراهن والرهن في يده؛ لأن المرتهن كان بسبيل من استرداده في حياته، فكذا بعد وفاته. كذا في «الخانية».

(ويعود) الضمان إلى المرتهن (لاسترجاعه) أي: لرجوعه وأخذ الرهن من الزَّاهن؛ لأن حق الرجوع لم يكن فائتًا عن المرتهن، فمتى رجع عاد الرهن بصفته، فيعتبر قيمته وقت الرهن الأول. ولو كان مكانه غصب، فرجع المغصوب منه المغصوب، ثم غصبه الغاصب؛ فعلى الغاصب قيمته حين غصب ثانيًا. كذا في «الفصول».

(ويؤذي) المرتهن (أجرة بيت الحفظ) أي: حفظ الرهن، وإن كان في قيمة الرهن فضل؛ لأن أجرة البيت بسبب الحبس، وحقُّ الحبس في الكل ثابت له. (والحافظ)؛ لأن حبس الرهن حقه، فما يحتاج إليه في حفظه يكون له.

(وجعل الآبق) أي: يؤذي جعله؛ لأنه هو المحتاج إلى إعادة يد الاستيفاء، فمؤثته يكون له، حتى إذا كان قيمة الرهن زائدًا على الدين؛ فجعل قدر الزائد يكون على الزَّاهن، وكذا المداواة والفداء من الجناية، فينقسم على المضمون والأمانة.

(وينفق الراهن عليه) أي: على الرهن؛ لأنه ملكه، فما يحتاج إليه في بقائه من الكسوة وغيرها يكون عليه، وكذا عليه أجرة سقي البستان وتلقيح النخلة والقيام بمصالحه، ولو أبى الراهن عن الإنفاق؛ أمر القاضي المرتهن بأن ينفق عليه، ثم يرجع على الراهن، وإن هلك الرهن؛ لأنه لا يكون رهنًا بالنفقة. كذا في «الخلاصة».

(ويؤذي أجرة الراعي)؛ لأن المواشي إنما يبقى بالرعي، (والخراج)؛ لأنه من مؤن الملك.

(فصل) فيما يجوز رهنه والارتهان به وما لا يجوز

(ولا نجيز رهن المشاع) سواءً احتمل القسمة أو لا. وقال الشافعي: يجوز.

وهذا الخلاف بناءً على اختلاف الأصلين في حكم الرهن، فعندنا: لَمَّا كان حكمه دوام الحبس، وهو غير متصوّر في المشاع؛ إذ لا بُدَّ فيه من المهايأة، فلم يجز رهنه، وأما هبة المشاع فيما لم يقسم؛ فإنما جازت عندنا؛ لأن حكم الهبة الملك، والمشاع يقبله، وجاز رهن المشاع عنده؛ لأن حكمه تعيينه للبيع، وبيع المشاع جائز.

(فلو طرأ عليه) أي: الشئوع على الرهن، بأن تفاسخا العقد في نصف الرهن المقبوض، أو بيع⁵ نصفه بإذن المرتهن (يحكم ببقائه) أي: أبو يوسف بقاء حكم الرهن في الباقي. (وأفسداه).

1 ح: جامع.

2 ح: وإن.

3 ح: تلبس.

4 ح + أي.

5 ح: يبيع.

له: إنَّ البقاء أسهلُّ من الابتداء فلا يفسد، كالشروع الطارئ على الهبة.

ولهما: إنَّ المشاع ليس بمحلٍّ للرهن، فالابتداء والبقاء فيما يرجع بمحلٍّ سواءً، كالمحرمة في النكاح، بخلاف الهبة، فإنَّ المشاع قابلٌ لحكمها، وهو الملك، ولهذا صحَّ الرجوع في بعض الهبة.

(ولا ترهنُ ثمرةً¹ بدون نخلها، ولا نخلٌ وزرعٌ بدون الأرض، والأرضُ بدونهما، ولا نخلٌ بدون ثمرة²)؛ لأن المرهون متَّصلٌ بما ليس بمرهونٍ خلقاً، ولا يمكن قبضُ المرهون وحده، فأشبه الشائع. وهذه الأحكام كانت مفهومةً مما سبق من شرط قيد المحرز والمفرغ في تمام عقد الرهن، لكن صرَّحها توضيحاً.

ولو رهن نخلًا بلا ذكر ثمرة³ يصحُّ، ويكون التَّمُرُ⁴ رهناً تبعاً، وكذا الزرعُ والبناء يدخل في رهن الأرض تبعاً. ولو رهن دارًا لا يدخل المتاع في رهنها إلا بالذكر؛ لأنَّه ليس بتابع.

(ولا بالأمانات) أي: لا يصحُّ الرهنُ بها؛ لأن قبضها غيرُ مضمونٍ، فلا يكون في حكم الدين.

(والدرك) أي: لا يصحُّ أن يأخذ المشتري من البائع رهناً بالثمن الذي أعطاه خوفًا من استحقاق المبيع، فإنَّه باطلٌ حتى لا يملك حبسَ الرهن؛ لأن الرهنَ للاستيفاء، ولا استيفاءً قبل الوجوب.

(وأجزناه) أي: الرهن (برأس مال السلم، وثمن الصرف، والمسلم فيه) وقال زفر: لا يجوز؛ لأنَّه لو صحَّ صار مستوفياً بهلاكه في مجلس العقد، وهو استبدالٌ؛ لعدم المجانسة، وهو غيرُ جائزٍ.

ولنا: إنَّه إنَّما يصير مستوفياً باعتبار ماليته، والمجانسة ثابتةٌ بذلك الاعتبار، فلا يكون استبدالاً، فيجوز الرهنُ بها كسائر الديون.

(فإن هلك) الرهنُ (في المجلس؛ تمَّ الصرفُ والسلم، وصار) المرتهن (مستوفياً) ثمنَ الصرف ورأسَ المال حكماً؛ لأنَّهما لم يفترقا إلا عن قبضٍ حكميٍّ.

(وإن افترقا قبل الهلاك) أي: هلاك الرهن (بطلا) أي: الصرفُ والسلم؛ لفوات شرط صحَّتهما، وهو القبضُ في المجلس.

(وإن هلك) الرهن (وهو بالمسلم فيه؛ بطل السلم بهلاكه) يعني: صار مستوفياً للمسلم فيه، فإذا استوفاه بطل السلم، وإطلاق البطلان عليه تسامحٌ.

ولو تفاسخا السلم وبالمسلم فيه رهنٌ؛ يكون ذلك رهناً برأس المال استحساناً؛ لأنَّه بدلُ المسلم فيه، فقام مقامه.

ولو هلك الرهن بعد التفاسخ؛ يهلك بالمسلم فيه؛ لأنَّه كان رهناً به وإن صار محبوباً برأس المال، فيجب على ربِّ السلم أن يدفعَ مثلَ المسلم فيه إلى المسلم إليه، ويأخذَ رأسَ المال؛ لأنَّ حكمَ الرهن باقٍ إلى أن يهلك، فلما هلك صار ربُّ السلم مستوفياً للمسلم فيه حكماً، ولو استوفاه حقيقةً ثم تقايلا؛ لزمه ردُّ المستوفى، واستردادُ رأسَ المال، فكذا هذا.

(ولا يصحُّ) رهنُ البائع عند المشتري شيئاً (بالمبيع)؛ لأنَّه غيرُ مضمونٍ كما سبق بيانهُ في قوله: «ولا يصحُّ إلا بالديون والأعيان المضمونة». **(فلو هلك) رهنُ المبيع؛ (فيغير شيء)؛** لأنَّه أمانةٌ في يد المشتري.

(ولا رهنُ الحرِّ) المصدَّرُ مضافٌ إلى مفعوله، (والمديبر والمكاتب وأمَّ الولد)؛ لأنَّ حكمَ الرهن ثبتُ يد الاستيفاء حكماً، فلا يصلحُ هؤلاء للاستيفاء حقيقةً، فلا يصلحُ للاستيفاء حكماً.

(ويجوز رهنُ النقدين والمكيل والموزون)؛ لأنها محلُّ الاستيفاء، **(فإن رهنَتْ بجنسها؛ كان هلاكها بمثلها، وتسقط⁵ الجودة) أي:** اعتبارها؛ لأنَّها لا قيمة لها عند المقابلة بجنسها في الأموال الربويَّة.

أورد المسألة على صورة الوفاق، لكنَّ هذا قولُ أبي حنيفة، دلَّ عليه المسألة التي بعدها، وكأنَّه ترك التَّنبيه على الخلاف اعتماداً على ما يأتي بعدُ، فيجوز أن يراد من الجودة جودة الرهن، وهو الظاهر⁶.

1 ح: يرهن ثمرة.

2 ح: ثمره.

3 ح: ثمره.

4 ح: الثمر.

5 ح: ويسقط.

6 ح - فيجوز أن يراد من الجودة جودة الرهن، وهو الظاهر.

(ولو رهن قلب فضّة وزنه عشرة) دراهم، (وقيمته ثمانية) دراهم، (بعشرة، فهلك، فهو بها) يعني: يصير دينُ العشرة مستوفياً بالقلب الهالك عند أبي حنيفة. (وقالاً: يضمن قيمته ذهباً، فيكون رهناً مكانه) أي: مكان القلب. قيّد بأن يكون قيمة القلب أقلّ؛ لأنّها لو كانت مساويةً للدين أو أزيد منه؛ يسقط به الدين اتّفاقاً. وأراد بقوله «عشرة»: عشرة دراهم؛ لأن الدين لو كان عشرة دنانير يعتبر قيمته اتّفاقاً. وقيّد بهلاك القلب؛ لأنّه لو انكسر؛ فهو على التفاصيل كما سيجيء.

لهما: إنّه لو اعتبر الوزن يُطلّ حقُّ المرتهن في الجودة، فيتصرّف به المرتهن، ولو اعتبر القيمة؛ تصير العشرة مستوفاةً بثمانية، وهي رباً، فيضمن قيمته من خلاف جنسه، فيجعل مكانه، كالمقبوض على سوم الثرى والمغصوب.

وله: إنَّ ضمانَ الرهن ضماناً استيفاءً، والاستيفاءُ يكون بالوزن، والجودة غيرُ معتبرة في الأموال الربوية، ولهذا لو أخذ الدائن زيوفاً مكانَ الجياد يصير مستوفياً حقه.

(ولو ساوت القيمة الوزن) كما إذا رهن إبريق فضّة قيمته عشرة دراهم ووزنه كذلك، (فانكسر) القلب عند المرتهن، (فانتقصت قيمته؛ خير) محمداً (الراهن بين فكّه بالدين أو جعله به) بالجرّ عطفٌ على «فكه»، يعني: قال: إن شاء افنك الرهن ناقصاً بكل الدين، وإن شاء جعله مضموناً بالدين.

إنّما أردنا من الدين كلّهُ؛ لأن فكّه ببعض الدين لذهاب الجودة غيرُ جائز اتّفاقاً؛ إذ الجودة على الانفراد لا قيمة لها.

(وضمنها قيمته ذهباً) وجعله (رهناً مكانه، ويملك) المرتهن (المكسور بالضمان).

أقول: لو قال: وجعله به؛ لكان أوّلي؛ لأن «بين» يقتضي شيئين، ولو جعل «أو» بمعنى الواو لا تلوح¹ في نقله من الواو إلى «أو» فائدة، وكان المناسب لما قبله أن يقول: وخيراه بين فكّه وتضمن قيمته؛ لأن التخيير ثابتٌ عندهما أيضاً؛ إذ جبرُ الراهن على الفكك بكلّ الدين أو منعه عنه غيرُ جائز اتّفاقاً؛ لتضرّره بفوات حقه في الجودة، أو يحدف من البين التخيير لظهوره، ويقول: وجعله به وضمنها قيمته.

اعلم أنّ قوله: «ذهباً» قيّد اتّفاقاً؛ لأن تضمينَ قيمته من جنسه جائزٌ أيضاً.

له: إنّه لو كان هالكا حقيقة؛ لصار مضموناً بالدين، ولم يضمن قيمته اتّفاقاً، فكذا إذا انكسر؛ لأنّه هالكٌ حكماً.

ولهما: إنَّ الرهن إنّما جعل بالدين إذا هلك، ووجب عليه قيمته، فيقع المقاصة بين الدينين، وههنا غيرُ الرهن قائمة، فكيف يجعل بالدين؟ فتعيّن أن يضمن قيمته.

(أو كانت القيمة) أي: قيمة القلب الذي كان رهناً بعشرة ووزنه عشرة (اثني عشر) درهماً لجودته وصياغته، (وانتقص) أي: القلب في القيمة (بالكسر سدساً؛ فعلية) أي: على المرتهن (ضماناً قيمته ذهباً، ويكون رهناً مكانه) عند أبي حنيفة، مثلاً: إذا كان مثقالٌ ذهبٍ مشترى بعشرة دراهم؛ يضمن المرتهن قيمة جميع القلب مثقالاً وخمسن مثقالاً، فيكون رهناً مكانه، ويملك المكسور بالضمان، فإذا أدى الراهن الدين يأخذ هذا الذهب مكان القلب، إلا أن يرضى الراهن بقبول المكسور مع النقصان.

(ويضمّنه) أبو يوسف (قيمة خمسة أسداسه) وهي ثمانية دراهم وثلاث دراهم (ذهباً، ويجعله) أي: المضمون (مع سدس القلب) وهو درهمٌ وثلاث دراهم (رهناً) وطريقُ معرفته: أن يقدر كلُّ درهمٍ ستة أجزاء، فأسداس عشرة دراهم يكون عشرة أسداس، فسنةٌ منها تكون درهماً، فيبقى أربعة أسداس، وهي ثلاثا درهم، فمتى نقصت من العشرة درهماً وثلاثي درهم تبقى² ثمانية دراهم وثلاث دراهم، وهو خمسة أسداس القلب.

فإن قلت: إذا كان سدس القلب رهناً، وخمسة أسداسه ملكاً للمرتهن بالضمان؛ يلزم رهنُ المشاع، وهو غيرُ جائزٍ.

قلنا: يفرز ذلك السدس حتى لا يبقى الرهن مشاعاً؛ لأن الشيوع الطارئ في ظاهر الرواية كالشيوع المقارن. وعن أبي يوسف: إنَّ الشيوع الطارئ لا يمنع الرهن عنده، فلا يحتاج إلى الإفراز.

(وقال) محمداً: (إن نقصه الكسر) من قيمته (سدساً) وهو درهماً، (أو أقل) من السدس؛ (أجبر) الراهن (على الفكك) بجميع الدين؛ لأن الجودة والصياغة تابعة للأصل، والأمانة في الرهن تابعة له، فيصرف النقصان أولاً إلى الجودة التي هي أمانة؛ لأن

¹ ح: يلوح.

² ح: يبقى.

الاستيفاء يقع بالمضمون لا بالأمانة، فتعيّن التبّع أن يكون مصرفاً للهلاك، كالربح في المضاربة، فيجبر الراهن على الفكاك؛ لأنّه لم ينتقص من الأصل شيء.

(أو زاد) النقصان على السدس بأن ينقص أكثر من درهمين؛ (افتكّه به، أو جعله بالدين) يعني: الراهن مخيّر، إن شاء افتكّ الرهن بنقصانه؛ لأن استيفاء جزء من الدين حصل معني بنقصان الأصل، فيعتبر ذلك الاستيفاء، فيجعل المكسور بباقي الدين¹، وإن شاء جعله بالدين كله اعتباراً لحال الكسر بحال الهلاك²، لا يلتفت إلى ذلك الاستيفاء³، ولا يجبر على الفكاك؛ لأن الأصل انتقص، فلو أُجبر على الفكاك لتضرّر.

ولأبي حنيفة: إنّ المضمون هو الوزن بقدر الدين، ويتبعه⁴ جودة ذلك الوزن المضمون؛ إذ لا قيمة للجودة على انفرادها، فإذا صار الأصل مضموناً؛ استحال أن يكون التابع أمانةً، فيكون القيمة مضمونة تبعاً للوزن.

ولأبي يوسف: إنّ الجودة أو الصياغة متقومة في ذاتها، ولهذا يُعتبر في تصرف المريض والوصي، حتى لو باع المريض إبريق فضّة وزنه مائة وقيّمته مائتان بمائة؛ يُعتبر من الثلث كما لو تبرع بعين المائة، فيجعل⁵ كمال عين، وزيادتها كزيادة وزن، فصار كأنه رهن اثني عشر درهماً بعشرة دراهم، فيكون خمسة أسداس القلب مضمونة فقط؛ لأنّها بقيمتها تبلغ قدر الدين، والباقي من الوزن والجودة يكون⁶ أمانةً، فينقسم نقصان القيمة. وهو درهمان. على العشرة، فيصيب كلّ درهم خمسين، فيصير حصّة خمسة أسداس القلب ثمانية أخماسٍ وثلث خمسين، فخمسة أخماسٍ منها يكون درهماً، والخمسان ونصف خمسين يكون نصف درهم، فبقي⁷ من الأخماس نصف خمسين وثلث خمسين، ونصف الخمس مع ثلثه يكون سدسه، مثلاً: خمسين خمسة عشر ثلاثة، ونصف ذلك الخمس مع ثلثه يكون اثني ونصفاً، وهو سدس خمسة عشر، وإذا ضمّ السدس إلى النصف يكون الثلثين، فصار حصّة الجودة الدرهم والثلثين، فإذا ضُمَّت إلى الأصل يكون المجموع عشرة دراهم، فيضمنه بدينارٍ فقط، ويكون مع سدس القلب رهناً.

اعلم أنّ التفاوت بين القولين: أنّ أبا يوسف جعل سدس القلب للراهن، وهو في المعنى سدس دينار؛ لأن كلاً من النقيدين في معنى الآخر في التعيّن للثمنية، فصار القلب في المعنى مضموناً عنده بدينارٍ وسدس دينار. وعند الإمام: بدينارٍ وخمس دينارٍ، وسدس الشيء أقل من خمسه.

أمّا توضيح كونه في معنى سدس دينار؛ وهو أنّ كلّ دينارٍ إذا بيع بعشرة دراهم؛ كان درهمٌ مضموناً بعشر دينارٍ، وثلثا درهمٍ مضموناً بثلاثي عشر دينارٍ، والعشر مع ثلثي العشر يكون سدساً، مثلاً: العشر من ثلاثين ثلاثة، وثلثا العشر اثنان، فإذا ضمّ ثلاثة إلى اثنين يكون خمسة، والخمسة سدس الثلثين، وهذا التفاوت نشأ من أنّ حصّة الأمانة من الجودة. وهي ثلث درهم. لم يضمن عند أبي يوسف؛ لأن حصّتها من الأخماس كانت خمسيناً وثلثاً⁸ خمسين، وخمس الشيء مع ثلثي خمسه يكون ثلثه.

(ولو كان وزنه اثني عشر ديناراً وقيّمته ثلاثة عشر) ديناراً، وكان رهناً (بعشرة) دنانير، (فانكسر) القلب، (فله) أي: للراهن عند أبي حنيفة (فكّه بالدين، أو تضمينه خمسة أسداسه فضّةً، وجعلها مع سدسه) أي: للراهن أن يجعل تلك القيمة مع سدس القلب (رهناً)؛ لأن الجودة عنده لا يُعتبر على الانفراد، وإنّما يضمن في ضمن الموزون، وإذا قسم الجودة. وهي دينار. على الأصل. وهو اثني عشر ديناراً. يصل إلى كلّ دينارٍ نصف سدس دينارٍ، فيصل إلى الأمانة سدس دينارٍ، وإلى المضمون خمسة أسداسه، فقيمة خمسة أسداس القلب مائة درهم؛ إذا بيع كلّ دينارٍ بعشرة دراهم، وقيمة خمسة أسداس الجودة. وهي دينار. ثمانية دراهم وثلث درهم؛ لأن خمسة أسداس ستّة دراهم خمسة دراهم، وخمسة أسداس ثلاثة دراهم يكون درهمين ونصفاً، فحصل سبعة ونصف درهم، وبعد طرح السدس من الدرهم الباقي يبقى خمسة أسداس، وإذا ضمّ الثلاثة منها. وهي نصف درهم. إلى المجموع يكون ثمانية دراهم، ويكون السدسان الباقيان ثلث درهم، فحصل مجموع المضمون مائة درهم وثمانية دراهم وثلث درهم، فيكون رهناً مع سدس القلب، وهو ديناران.

1 ح: بنقصانه بكل الدين، ولا يلتفت إلى استيفاء من الدين.

2 د - اعتباراً لحال الكسر بحال الهلاك.

3 ح - ولا يلتفت إلى ذلك الاستيفاء.

4 د: وتبعه.

5 د: فتجعل.

6 د: تكون.

7 د: فيبقى.

8 ح: وثلثا.

(ويُعْرَمُه) أي: يحكم أبو يوسف بغرامة المرتهن وضمائه (عشرة أجزاء من ثلاثة عشر)؛ لأن الجودة عنده كالوزن القائم، فكأنه رهن قلباً وزنه ثلاثة عشر، فيجعل كل دينار من القلب ثلاثة عشر¹ جزءاً، فحصل من مجموع القلب مائة وستة وخمسون، فالمضمون منها مائة وعشرون، وباقيها أمانة؛ لأن كل ثلاثة من ثلاثة عشر أمانة، فإذا اعتبر كل ثلاثة عشر منها ديناراً؛ يصير مجموع المضمون تسعة دنانير وثلاثة أجزاء من ثلاثة عشر جزءاً من دينار؛ لأن مائة وأربعة منها ثمانية دنانير، فيبقى ستة عشر، فثلاثة عشر منها دينار، فحصل مجموع المضمون تسعة دنانير وثلاثة أجزاء من ثلاثة عشر جزءاً، ولما ثبت أن الأصل لا يضمن بدون الجودة؛ جعل الجودة. وهي ديناراً . ثلاثة عشر جزءاً كالأصل، فضم عشرة أجزاء منها إلى المضمون، فكان جميعه عشرة دنانير، فقيمتها مائة درهم.

فاعلم أن التفاوت بين قوليهما في الصورة ظاهر؛ لأن الأمانة عند الإمام ديناراً فقط، وعند أبي يوسف ديناران وعشرة أجزاء من ثلاثة عشر جزءاً؛ لما سبق أن الأمانة عنده كانت ستة وثلاثين جزءاً، فإذا قُدِّرَ كل ثلاثة عشر ديناراً يصير كذلك، ولكن التفاوت في المعنى قليل؛ لأن قيمة مجموع المضمون والأمانة عند الإمام مائة وعشرون وثمانية دراهم وثلث درهم، وعند أبي يوسف مائة وعشرون وثمانية دراهم إلا قريباً من ثلث درهم، بيانه: أن الأجزاء العشرة التي هي أمانة لو فرضت ثلاثة عشر؛ لكان ديناراً، وصار قيمتها عشرة دراهم، فإذا جعلنا كل درهم منها ثلاثة عشر جزءاً؛ صار مائة وثلاثين، فيصيب إلى الأجزاء العشرة منها مائة جزء، وإذا قُدِّرَ كل ثلاثة عشر جزءاً درهماً يكون أحد وتسعون جزءاً سبعة دراهم، والباقي . وهو تسعة أجزاء . يكون ناقصاً أربعة أجزاء من ثلاثة عشر جزءاً من درهم، وأربعة أجزاء ناقص من ثلث درهم؛ لأن الأربعة من اثني عشر ثلث، ومن ثلاثة عشر ناقص من الثلث بجزء قليل، فالتفاوت بين الضمانين لا يصل إلى ثلثي درهم، وهذا التفاوت نشأ من عدم تضمين أبي يوسف حصّة الأمانة من الوصف، وهو ثلث درهم كما في المسألة السابقة. هذا ضبط الكلام في هذا المقام، بعون الله² الملك العلام.

(واعتبر) محمد (النقصان، فإن لم يزد) النقصان (على دينار؛ أجزبر) الراهن (على الفكاك)؛ لأن الجودة كلها أمانة عنده، فيصرف النقصان إليها أولاً. (وإن زاد افتكته) بنقصانه إن رضي به، (أو جعل خمسة أسداسه فقط رهناً) بدينه، وأخذ السدس منه اعتباراً لحالة الانكسار بحالة الهلاك.

(ولو باعه عبداً على أن يرهنه بالثمن شيئاً بعينه جاز) البيع استحساناً؛ لأنه للتأكيد، وهو ملائم لمقتضى العقد.

قيد بقوله: «بعينه»؛ لأن الرهن لو كان مجهولاً؛ لا يجوز للجهالة، ولو عينا الرهن في المجلس؛ يرتفع الفساد.

(فلو امتنع) المشتري (عن التسليم) أي: تسليم الرهن (خيرنا البائع بين ترك الرهن) ورضائه البيع بلا رهن، (وبين الفسخ)

أي: فسخ العقد؛ لأنه فات الوصف المرغوب فيه، ولم يكن راضياً إلا به. (إلا أن ينقذ) المشتري (الثمن، أو يجعل قيمته) أي: قيمة الشيء المعين (رهناً) فحينئذ لم يتخير؛ لحصول المقصود، وهو الثمن، أو استينافه. وقال زفر: يجبر المشتري على التسليم؛ لأنه مشروط في البيع، فصار من حقوقه، كالوكالة المشروطة في الرهن.

ولنا: إن الرهن تبرع من الراهن، ولا يجبر في التبرع.

(ولو رهن عبدين بألف، ففضى حصّة أحدهما) أي: ما يخصه إذا قسم الدين على قيمتهما، (لم يقبضه حتى يؤدي الألف)

بتمامه؛ لأن الرهن محبوس بمجموع الدين، فيكون محبوساً بكل جزء من أجزائه حتّى له على قضاء الدين، فإن هلك عنده بعدما قضى دينه؛ يسترد ما أعطاه كما لو كان واحداً.

وفي «القنية»: لو رهن ثوباً قيمته خمسة بخمسة، ففضى دينارين، ثم قال: يكون الرهن رهناً بما بقي من الدين؛ فهو رهن بالخمسة، حتى لو هلك يرجع على³ الراهن بدنانيرين.

(ولو سمي لكل) أي: لكل واحد من العبدین (قسماً من المال) أي: من الدين، (فأدى قسطاً) أي: قضى حصّة أحدهما⁴،

(أجاز) محمداً (قبض ما قابله) لتفرق عقد الرهن بتفرق التسمية. وقالوا: لا يجوز حتى يؤدي الدين كله؛ لأن العقد متحد، ولا يتفرق بالتسمية.

¹ د: عشرة.

² د - الله.

³ ح - على.

⁴ د: إحداهما.

اعلم أنَّ أبا يوسف كان مع محمدٍ في هذا الأصل، وهو أنَّ عقدَ البيعِ في شيئين يتفرَّقُ بتفصيل الثمن، لكن خالف أصله في الرهن؛ لأنَّه للاستيناق، وهو إنَّما يكون أوثق¹ إذا اتَّحدَ عقدُ الرهنِ فيهما، واحتبس بكلِّ منهما ليكون أدعى للقضاء. ولك أن تعرف أنَّ المذكورَ في المتن هو روايةُ الأصل، وأما روايةُ الزيادات؛ فهي أنَّ أبا يوسف مع محمدٍ، وهذه الروايةُ أصحُّ. كذا في «التبيين».

(ويجوز² رهنية عينٍ) واحدة (عند رجلين بدينٍ لكلِّ منهما) على الراهن، سواءً كانا شريكين فيه أو لا. (فإذا قضى أحدهما دينه؛ كانت رهناً عند الآخر)؛ لأنَّ الرهنَ أضيفَ إلى كلِّ العينِ بمجموع الدينِ في صفقةٍ واحدةٍ، واستحقاقُ الحيسِ لهما واحدٌ غيرُ متجزٍّ، ثم ينظرُ، إن كان العينُ مما لا يتجزَّأ تهاياً في حيسهما، فكلُّ واحدٍ منهما في نوبته كالعدلِ في حقِّ الآخر، وإن كانت مما يتجزَّأ؛ وجب أن يحبسَ كلُّ منهما النصفَ، فإن دفع أحدهما كلَّهُ إلى الآخر؛ يضمن الدافعُ عند أبي حنيفةٍ خلافاً لهما، كما إذا كان المودعُ اثنين والوديعةُ مما يقبل القسمةً.

ذكر الصدُرُ الشهيديُّ: هذا إذا أجمل، أما³ إذا فصل، وقال: النصفُ يكون رهناً لهذا والنصفُ لذلك؛ لا يجوز الدفعُ اتِّقافاً. (ويضمن كلُّ منهما حصَّته منها) أي: من العين، يعني: إنَّ الواجبَ على كلِّ واحدٍ منهما أن يضمنَ حصَّته إذا هلك، فيصيرُ⁴ كلُّ منهما مستوفياً حقه؛ لأنَّ الاستيفاءَ متجزٍّ.

(ولو رهنا عيناً عند رجلٍ بدينٍ) كان له (عليهما جاز) فصارت رهناً بكلِّ الدين، وتفرَّقُ المالكين لا يوجب شيوعاً في الرهن؛ لأنَّه يجوز أن يكون ملكُ الغيرِ رهوناً بدينِ الغيرِ، كما لو استعار فوهن.

(ولو برهن) أي: أقام رجلٌ بينةً (على أنَّه وفلاناً ارتهنا هذا الشيء) من فلانٍ بكذا، (فكذبه فلانٌ، وجحد المدعى عليه) وهو الراهنُ كونه رهناً؛ (يحكم) أبو يوسف (برده عليه) أي: بردَ ذلك الشيءِ على المدعى عليه؛ لأنَّ دعواه إنَّما يسمعُ في حقِّ نفسه، لا في حقِّ فلانٍ، فيكون مشاعاً، فلا يصحُّ رهنه. (وجعله في يد المدعى مع عدلٍ) يعني: قال محمدٌ: صحَّ رهنُ ذلك الشيءِ، ويقضى به للمدعى، ويوضع في يده ويد عدلٍ (إلى استيفاء نصيبه) أي: إلى أن يقضى المدعى عليه⁵ نصيب المدعى من الدين، فإذا قضاه أخذ ذلك الشيءَ؛ لأنَّ البينة أثبتت دعواه في حقه وفي حقِّ فلان، وإنكارُ فلانٍ إنَّما يُعتبرُ في حقه لا في حقِّ المدعى، فيثبت حقُّ المدعى في كلِّ الرهن، فلا يكون مشاعاً.

(ولو برهنا) أي: أقام كلُّ من الرجلين⁶ بينةً (على ارتهانه) أي: على أنَّه ارتهن هذا الشيءَ من فلان، (والراهن ميّت) أي: حال كون ذلك الفلان ميّتاً، (بيطله) أي: أبو يوسف كون ذلك الشيءِ رهناً؛ لأنَّ القضاءَ به قضاءً بالرهن⁷ المشاع، فيبطلُ، كما لو برهنا عليه حال حياة الراهن. هذا إذا لم يؤرِّخا، فإن أُرِّخا؛ كان صاحبُ التاريخِ الأقدمُ أولى، وكذا إذا كان الرهنُ في يد أحدهما؛ كان صاحبُ اليدِ أولى؛ لأنَّ قبضته دليلٌ على سبقه. (وجعلاه رهناً بينهما) وهو الاستحسانُ، ووجهه: أنَّ مقصودَ كلِّ منهما بعد موت الراهن هو الاستيفاءُ من الرهن بأن يباع لدينه، وهو قابلٌ للشركة، وأمَّا في حال حياة الراهن؛ فمقصودُ كلِّ منهما حبسُ الرهن، والشيوغُ مانعٌ منه، وهو نظيرُ ما إذا برهنا على نكاح امرأةٍ حيَّةٍ لا تُقبلُ، فإذا برهنا بعد موتها قبلت؛ لأنَّ مقصودهما المالُ، فيقضى لكلِّ نصفٍ ميراثِ زوج.

(ولو ارتهنا أرضاً بما تصادقوا عليه من الدين) وهو بيانٌ ل«ما»، أي: بدينٍ تصادق المرتهنان والراهن عليه، (فقال أحدهما) أي: أحدُ المرتهنين: (لا دين لنا عليه، وأنكر الآخر) أي: قال المرتهنُّ الآخرُ: لنا دينٌ عليه، (بيطله) أي: أبو يوسف الرهن. (وأجازه) محمدٌ (في حصَّة المنكر) دليلٌ كلِّ منهما يعرفُ من تقرير⁸ المسألة السابقة، وهي قوله: «ولو برهن على أنَّه وفلاناً ارتهنا».

1 د: أوفر.

2 د: وتجزز.

3 د: وأما.

4 د: فتصير.

5 د + من.

6 د: رجلين.

7 د: الرهن.

8 د: تقدير.

(ولو رهن مستأمن عند مسلمٍ ثوبًا، ثم عاد) إلى دار الحرب، (فسيئ) أي: استولى عليه المسلمون فسبوه، (يحكم) أبو يوسف (بتمليك المرهون بالدين) أي: بصيرورة المرهون ملكًا للمرتهن. (وقال) محمد: (هو رهنٌ يباع للوفاء) أي: لوفاء دين الراهن، (وما فضل للغانم) يعني: إن فضل من ثمنه شيء؛ فهو للذي أسره. لمحمد: إن الأسر كالموت، وبه لا يبطل الرهن، فكذا بالأسر، فكان كوديعة المستأمن. ولأبي يوسف: إن استيلاء المرتهن سابق على استيلاء الغزاة، فكان أولى؛ لأن السبق من أسباب الترجيح، بخلاف المودع فإنه أمين لا مستول.

(فصل) في الرهن يوضع على يد العدل، وفي التصرف فيه، والحناية منه وعليه

(إذا اتفقا) أي: الراهن والمرتهن (على وضع الرهن عند عدلٍ جاز) فيكون يده في حق الحفظ كيد الراهن؛ لكونه أمانة عنده، وفي حق المالية كيد المرتهن حتى يتم الرهن بقبضه، ويجوز أن يجعل اليد الواحدة في حكم اليدين، كيد الساعي، فإنها جعلت كيد المالك حتى إذا قدم الزكاة، فانتقص النصاب، فصار عند آخر الحول يتم بما في يد الساعي تجب عليه الزكاة، وجعلت كيد الفقير حتى لا يملك استرداده.

(وليس لأحدهما أخذه) من يد العدل لتعلق الحقين به، أما حق المرتهن؛ فظاهر، وأما حق الراهن؛ فكون ماله محفوظًا بيده، فليس لأحدهما إبطال حق الآخر. ولو دفعه العدل إلى الراهن أو إلى المرتهن ضمن؛ لأنه مودع الراهن في حق العين، ومودع المرتهن في حق المائنة، وكل منهما أجنبي عن الآخر، والمودع يضمن بالدفع إلى الأجنبي، فإذا ضمنه بالدفع إلى المرتهن؛ يملك العدل الرهن، فلا يضمن المرتهن إذا هلك في يده ما لم يتعد فيه. (فإن هلك) الرهن في يد العدل؛ (فمن المرتهن) يعني: يعتبر ذلك الهلاك منه، فيكون كالهلاك عنده؛ لأن يده كيد المرتهن، فيكون مضمونًا عليه.

(وإذا وكل الراهن المرتهن، أو العدل، أو غيرهما بالبيع عند الحلول) أي: حلول الأجل؛ لقضاء الدين (جازت) وكالته؛ لأن المرهون ملكه، فيملك التوكيل ببيعه، فإذا باعه الوكيل يكون الثمن رهنًا مكانه ما لم يقص به الدين؛ لقيامه مقام الرهن المقبوض، فإذا هلك هلك من مال المرتهن.

(ولو شرطت في العقد) أي: الوكالة في عقد الرهن؛ (لم ينزل) الوكيل (بعزله)؛ لأنه تعلق به حق المرتهن، وفي العزل إبطاله، ولهذا يجبره القاضي على بيعه كما يجبر الوكيل بالخصومة بطلب الخصم إذا امتنع عن الجواب، فإن أبا الوكيل عن بيعه يبيعه القاضي. قيّد بقوله: «في العقد»؛ لأن التوكيل لو وجد بعده لا يتعلق به حق المرتهن، فينزل بعزله. وقيل: يتعلق به حق المرتهن، ويلحق بأصل العقد، فصار كالمشروط فيه. قال فخر الإسلام: وهذا أصح، ولهذا أطلق الجواب في «الجامع الصغير»، ولم يفصل بين كونه مشروطًا في العقد وغير مشروط.

(ولا بموته) أي: لا ينزل بموت الراهن، (ولا بموت المرتهن)؛ لأن التوكيل صار تبعًا للرهن ولازمًا له، والرهن لا يبطل بموتهما، فكذا ما لزمه.

(وإن مات الوكيل بطلت) الوكالة، ولا يبطل الرهن، (فيتراضيان على بيعه) يعني: لا يباع المرهون إلا برضاء الراهن والمرتهن؛ لأن كلاً منهما ذو حق.

(وإن مات الراهن) وكان له وصي؛ (باع وصيه الرهن للوفاء) أي: لأداء الدين، (فإن لم يكن له وصي)؛ (نصب له وصي يبيعه) أي: نصب القاضي له وصيًا، وأمره ببيعه إحياءً للحقين.

(ولو باع الراهن بغير إذن المرتهن؛ توقفت) البيع (على إجازته) فمتى أجازته صار ثمنه رهنًا؛ لأن حقه كان في ماله، فمتى لم يُجزه؛ فولائية فسخ البيع إلى القاضي لا إليه.

اعلم أنّ المصنّف ذكر هذه المسألة في فصل البيع الفاسد، وقيّد التوقّف بالأصححة، وههنا ترك القيّد.

(أو وفاء الدين) يعني: إذا أدى الراهن دينه جاز البيع أيضًا؛ لأن المانع. وهو تعلق حق المرتهن به. قد ارتفع.

(وإن اعتقه) أي: الراهن الرهن موسرًا كان أو معسرًا (ننفذه) أي: ينفذ إعتاقه عندنا؛ لأنه تصرف في ملكه، (وبطالب) الراهن (بالدين إن كان حالًا، وإلا؛ أخذت قيمته) من الراهن إن كان موسرًا، (فجعلت رهنًا مكانه) إلى أن يحلّ الدين دفعًا للضرر عن المرتهن.

(وإن كان) الراهن (معسرًا؛ استسعى) العبد (في قيمته للوفاء)؛ لأنه محلّ تلف حقه.

وفي قوله: «في قيمته» إشارة إلى أنه لا يسعى لجميع الدين.
وفي قوله: «للوفاء» إشارة إلى أنه لا يسعى أكثر من قدر الدين، لكنه يرجع على مولاه بما أذاه إذا أيسر؛ لأنه قضاه بالزام الشرع.

ومن قضى دين غيره وهو مضطر فيه؛ يرجع عليه، كمن أعار ثوبه ليرهن بدين كذا، فإذا قضاه المعير يرجع على الراهن بما أذاه لكونه مضطراً فيه، بخلاف العبد المستسعى إذا أعتقه أحد الشريكين فيه، حيث لا يرجع على مولاه؛ لأنه سعى في دين نفسه لتحصيل العتق له عند أبي حنيفة، أو لتكميله عندهما.

وقال الشافعي: لا ينفذ إعتاقه لتعلق حق المرتهن، هذا هو المفهوم من المتن، لكن الأظهر من أقواله المذكورة في كتبهم: أنه ينفذ إن كان موسراً لإمكان تضمينه¹، ولا ينفذ إن كان معسراً.

قيّد بالاعتاق؛ لأنه لو دبر الرهن ينفذ اتفاقاً، أما عندنا؛ فظاهر، وأما عنده؛ فلأن التدبير لا يمنع البيع، فلا يبطل به حق المرتهن، وكذا الاستيلاء، لكنهما يسعيان في جميع الدين، ولا يرجعان على مولاهما وإن كان موسراً؛ لأنهما يؤديان الدين عن كسبهما، وهو مأل للمولى. كذا في «الخانية».

(وإن استهلكه الراهن؛ أئحد الحكم) يعني: حكمه كحكم إعتاقه يطالب الراهن بالدين إن كان حالاً، وإلا؛ أخذت قيمته، فتجعل رهناً، إلا أنه لا سعاية هنا؛ لاستحالة وجوبها على الهالك.

قيّد بـ«الراهن»؛ لأنه لو استهلكه المرتهن والدين حال؛ يكون مستوفياً، وإلا؛ تؤخذ² قيمته منه، فيجعل رهناً.
(أو أجنبي) أي: إن استهلكه أجنبي؛ **(كان المرتهن خصمه)**؛ لأنه كان أحق بالرهن، فكذا باسترداد بدله. **(يضمنه)** أي: المرتهن الأجنبي **(القيمة، وقيمها مقامه)** ويكون رهناً في يده.

اعلم أن الواجب على المستهلك قيمته يوم هلك، حتى إذا كان قيمته يوم الرهن ألفاً، ويوم استهلكه خمسمائة؛ غرم المستهلك خمسمائة، وكانت رهناً، وسقط خمسمائة من الدين، فصارت كأنها هلكت بأفة، والمعتبر في ضمان الرهن قيمته يوم القبض.

(وجناية الرهن على الراهن والمرتهن وماله) أي: على مالهما **(هدر)** عند أبي حنيفة لا يلزم فيها شيء عليهما. **(واعترها)** إذا وردت **(على المرتهن)** ثم إن شاء الراهن دفعه بالجناية إلى المرتهن فبطل الرهن³، وإن قال المرتهن: لا أطلب الجناية، يكون⁴ رهناً على حاله.

أراد بالجناية: ما لا يوجب⁵ القصاص؛ لأنها لو كانت موجبة له؛ فهي معتبرة اتفاقاً، يقتض الرهن إذا حضر الراهن، ويسقط الدين؛ لأن ماليته تلفت بسبب باشره في ضمان المرتهن.

وقيّد بقوله: «على المرتهن»؛ لأن الجناية على ماله غير معتبرة اتفاقاً إذا ساوت قيمته الدين؛ لأن تلك الجناية غير موجبة للدفع، فلا يملك⁶ المرتهن بها العبد، ولا فائدة في اعتبارها في إيجاب المال للمرتهن؛ لأن الجناية حصلت في ضمانه، فعليه تخليصه منها، فلا يفيد وجوب الضمان مع وجوب التخليص عليه، وأما إذا كانت قيمته أكثر؛ فعن أبي حنيفة: أنها تعتبر بقدر الأمانة؛ لأن ذلك الفضل ليس في ضمانه، وعنه: أنها لا تعتبر؛ لأن الفضل وإن لم يكن مضموناً، لكن حكم الرهن ثابت فيه، وهو الحبس بالدين، فصار بمنزلة المضمون. كذا في «الإيضاح» و«الهداية».

وفي «الحقائق»: أجمعوا أن العبد إذا كان نصفه مضموناً ونصفه أمانة بأن كانت قيمته ضعف الدين؛ فجنايته على المرتهن معتبرة، فيقال للراهن: إن شئت فادفعه، وإن شئت فآفده، فإن دفعه وقبل المرتهن؛ بطل الرهن، وصار العبد كله للمرتهن، وإن اختار فداءه؛ فنصف الفداء على الراهن ونصفه على المرتهن، فما كان حصّة المرتهن يبطل، وما كان حصّة الراهن يفدي، والعبد رهناً على حاله⁷.

لهما: إن في اعتبار الجناية على المرتهن فائدة، وهي أن المرتهن قد يختار تملك ربة العبد، ويدفعه الراهن.

¹ د: تغصينه.

² ح: يؤخذ.

³ د: فله أن يطالب الراهن بموجب الجناية دفعة أو فداءً.

⁴ د: وإن شاء المرتهن لم يطالب بالجناية، فيبقى.

⁵ د: توجب.

⁶ د: يملك.

⁷ د- وفي الحقائق.

وله: إنَّ العبدَ كلُّه مشغولٌ بدين المرتهن، وهو كالمالك في حكم الجناية، حتى صار حاصلُ الضمان عليه والجناية على المالك هدرًا، فكذا هذا، ولا فائدة في اعتبار جنايته؛ لأن في اعتبارها سقوط الدين¹.

(وتضمنُ) الجناية (من الراهن عليه) أي: على الرهن؛ لتعلق حق المرتهن به، فجعل المالك كالأجنبي، (ومن المرتهن) أي: تضمنُ من المرتهن جنايته على الرهن؛ لأن عينه ملك الراهن، (ويسقط من دينه بقدرها) أي: بقدر الجناية؛ لأن المرتهن تعدى في ملك الراهن بالجناية عليه، فيضمنه، فيسقط من دينه ذلك القدر قصاصًا.

(ولو قتل) العبدُ المرهونُ رجلًا خطأً، (وقيمته ضعف الدين، ففداه المرتهن والراهن غائب؛ فله) أي: للمرتهن (الرجوع بالنصف) أي: بنصف ما فداه على الراهن عند أبي حنيفة. وقالوا: لا يرجع.

قيّد الضعف اتّفاقيًّا؛ لأن المرتهن يرجع بما فضل على الدين من قيمته عنده وإن كان ما دون الضعف، ولا يرجع عندهما. قيّد بفضل القيمة؛ لأنّها لو لم تفضل؛ ف ضمان الجناية كلّ على المرتهن اتّفاقًا. وقيّد بالفداء؛ لأن المرتهن ليس له دفع الرهن إلى وليّ الجناية عند غيبة الراهن اتّفاقًا، وإن اتّفقا على الدفع، ففداه بالجناية؛ يبطل الرهن، ويسقط الدين.

وضع المسألة في فداء المرتهن؛ لأن الراهن لو فداه يرجع على المرتهن بحصّته حاضرًا كان أو غائبًا اتّفاقًا؛ لأن سقوط الدين لازم، فدى الراهن أو دفع؛ لكون الرهن في حكم الهالك، فإذا فداه كأنه حصّله بالفداء، فلم يجعل الراهن متبرعًا في أداء حصّة المرتهن، فيرجع عليه، وإن اتّفقا على أن يفدياه؛ فالفداء في المضمون على المرتهن، وفي الزائد على الراهن، فيكون الرهن والدين بحالهما، وإن اختلفا في الدفع والفداء؛ فالقول لمن اختار الفداء. وقيّد بغيبة الراهن؛ لأنّه لو كان حاضرًا وفداه المرتهن؛ يبقى رهنًا، وكان متبرعًا، ولا يرجع اتّفاقًا، ولو كان المرتهن غائبًا، ففداه الراهن؛ لا يكون متبرعًا اتّفاقًا. من «الحقائق»².

لهما: إنَّ المرتهن متبرّع في فداء نصيب الراهن، فلا يرجع عليه، كما لو كان الراهن حاضرًا. وله: إنَّ المرتهن محتاج إلى فداء المضمون، ولا يمكنه ذلك إلا بفداء الأمانة؛ لأنّها متّصلة بالرهن، وهو محتاج إلى حبسه، فلا يكون متبرعًا؛ لأنّه مضطرٌّ فيه، بخلاف الراهن إذا كان حاضرًا؛ لأن القاضي يجبره على الفداء إذا رفع الأمر إليه، فلا يكون المرتهن مضطرًا، ولا يرجع.

(ولو كان العبدُ مرهونًا بألفٍ، وقيمته ألفٌ، فقتله آخرٌ) أي: عبدٌ آخر (قيمته مائة، فدفع به) أي: دفع العبدُ الجاني إلى المرتهن بسبب قتله، (خير) محمد (الراهن بين فكّه بالألف، وتركه بالدين. وأوجبا فكاه بالألف)³.

له: إنَّ المرهونَ تعيّر في ضمان المرتهن، فصار هالكًا من وجهه قائمًا من وجهه، فيتخيّر نظرًا إلى الجهتين، كالبيع إذا تعيّر في يد البائع أو قتله عبدٌ قيمته أقلُّ من قيمة المبيع، ودفع به المشتري؛ يخيّر، فكذا هذا. وله: إنَّ العبدَ الثاني قام مقام الأول دماً ولحمًا في كونه رهنًا، فصار كأنَّ الأول موجودٌ، فانتقصت قيمته بالسعر، ولو كان كذلك؛ لأمر الراهن على الفكك، فكذا هذا.

(كتاب الحجر)

وهو في الشَّرْع: المنع من التصرف حكمًا. قيّد به؛ لأن الفعل الحسي لا يمكن ردّه إذا وقع، فلا يتصوّر الحجر عنه. (نجيز تصرّف الصبي بإذن الولي) وهو القاضي ومن له ولاية التجارة في مال الصغير، كالأب والجد والوصي، فلا يجوز بإذن الأم والأخ والعم. وقال الشافعي: لا يجوز.

أراد بالصبي: الذي يعقل البيع؛ لأنّه لو لم يعقله لا يجوز تصرّفه اتّفاقًا، وأراد بالتصرّف: ما هو متردّد بين النفع والضرر؛ لأن ما هو ضررٌ محضٌ كالطلاق لا يجوز بالإذن اتّفاقًا، وما هو نفعٌ محضٌ كقبول الهبة يجوز بدونه اتّفاقًا.

¹ د: وله: إن المرتهن لا يستبد بأخذه بدون رضا الراهن، فلا يكون فائدة، فلا تعتبر تلك الجناية، كما لو جنى على مال المرتهن. أقول: محلّ الخلاف جناية الراهن على المرتهن فقط؛ لأن جنايته على ماله وعلى الراهن، وماله هدرٌ اتّفاقًا، فلو قال: «وجناية الرهن على المرتهن هدرٌ» لكان أخصر.

² د: لو كان حاضرًا لا يرجع اتّفاقًا، كذا في المحيط.

³ ح: بالدين.

له: إنَّ عقله ناقصٌ لا يكملُ بالإذن.

ولنا: إنَّه قادرٌ على التصرف، ونقصانُه ينجبُ بالإذن.

(ويصحُّ من العبدُ بإذن المولى)؛ لأنَّ حجره كان لحقِّ المولى ليختصَّ بمنافعه، فإذا أذن؛ فقد رضي بإبطال حقه.

(ولا يصحُّ) التصرف (من المجنون) وهو الذي لا يفقه أصلاً، (بحال) أي: بإذن الولي وبغيره؛ لأنَّه لا أهليَّة له أصلاً؛ لفقدان

عقله. وأمَّا المجنون الذي يكون قليلُ الفهم مختلطاً الكلام إلا أنَّه لا يضربُ ولا يشتُم؛ فتصرُّفه صحيح بالإجازة، ويقال له: معنوة.

(ومن قصد من هؤلاء) أي: من أفراد الصبيِّ والعبد، أو ذكر الجمع وأراد منه التثنية، كما في قوله تعالى: ﴿فَقَدْ صَعَتِ فُلُوبُكُمَا﴾

[التحريم، 4/66]¹. (بيعاً أو شراءً) أي: ثبوت حكمه، وهو التملك، (أجيز للمصلحة) أي: أجازة المولى أو الولي إذا رأى فيه مصلحة.

(وإلا) أي: إن لم يَر فيه مصلحةً (فسخ).

قيَّد بقوله: «قصد» احترازاً عن الهزل؛ لأنَّه لا يُقصدُ به الحكم، وإشارةً إلى أنَّ كلاً منهم إنَّما يجوز تصرُّفه إذا عقل البيع بأنَّه

جالِبُ للثمن، وسالِبُ للمبيع، والشراء بعكسه، وبأنَّ الغبنَ الفاحشَ فيه متميِّزٌ من اليسير.

(ولو باع صبيٌّ محجورٌ، ثم بلغ، فأجازته) أي: أجاز بيعه (أجزناه) وقال زفر: لا يجوز؛ لأنَّ بيعه كان موقوفاً على إجازة وليه،

فلا ينفذ بإجازة نفسه.

ولنا: إنَّه لمَّا بلغ صار قادراً على إيجاب العقد، فقدرته على تنفيذه أولى.

(ولا يصحُّ إقرارُ الصبيِّ والمجنون) لثبوت نقصانٍ في عقليهما، (ولا يقع طلاقُهما) لقوله صلى الله عليه وسلم: «كل طلاقٍ

واقعٌ إلا طلاقَ الصبيِّ والمعنوة»³. (ولا إعتاقهما)؛ لأنَّه مضرَّةٌ محضةٌ في حقِّهما، فلا تؤثِّر⁴ فيه الإجازة.

(ويلزهما ضمانٌ ما أتلفاه)؛ لأنَّ اعتبارَ الفعل لا يتوقَّفُ على القصد، كالنائم إذا انقلب على مال إنسانٍ، فأتلفه؛ يضمنُ.

وفي «الخانية»: إذا استقرض الصبيُّ مالاً، فأتلفه؛ لا يؤاخذُ به في الحال، ولا بعد البلوغ؛ لأنَّه ليس من أهل الالتزام.

(ويقع طلاقُ العبد) لقوله صلى الله عليه وسلم: «لا يملك العبدُ والمكاتبُ شيئاً إلا الطلاق»⁵.

(وينفدُ إقراره على نفسه) وكذا يعتبرُ استقراضه؛ لقيام أهليَّته، وكونه مكلفاً. (دون مولاه) أي: لا ينفذُ إقراره على مولاه؛ لأنَّ

إقرارَ الإنسان على غيره غيرُ مقبولٍ إلا بولاية، ولا ولاية للعبد على المولى، حتى لو أقرَّ المولى على عبده الغير المديون صحَّ إقراره، وصار

كإقرار العبد نفسه، إلا أنَّ غريمَ إقرار العبد متقدِّمٌ على غريمِ إقرار المولى عليه.

(ويلزمه المأل بعد العتق)؛ لأنَّ المانع عن أدائه ارتفع بعده.

(والحدُّ والقصاصُ في الحال) يعني: إذا أقرَّ بما يوجب الحدَّ أو القصاصَ؛ لزماه في الحال، ولم يؤخَّر إلى ما بعد العتق؛ لأنَّه

مبقَّى على أصل الحرِّيَّة في حقِّهما؛ لأنَّهما من خواصِّ الإنسانية، وهو ليس بمملوكٍ من حيث إنَّه آدميٌّ، إلا أنَّ حضرة المولى ليس بشرطٍ

في إقراره، ولو لم يقَرَّ، ولكن أقيمت عليه البيئَةُ، فحضرَةُ المولى شرطٌ عند أبي حنيفة ومحمد. ولو استهلك مالاً يؤاخذُ به في الحال، ولا

يصحُّ إقرارُ المولى بهما عليه، فينفدُ إقرارُ العبد فيهما، ولا يعتبرُ بطلاً حقِّ المولى؛ لأنَّه ضمنِيٌّ.

(ولا نحجرُ على الفاسق المصلح لِماله مطلقاً) أي: سواء كان فسقه طارئاً أو أصلياً. وقال الشافعيُّ: يحجر عليه زجر له عن

الفسق، كما مُنِع عن الشهادة والولاية للزجر.

ولنا: إنَّه إذا كان مصلحاً لِماله يكون الرشدُ مانوساً منه، فيُدفعُ ماله إليه؛ لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ آتَيْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ

أَمْوَالَهُمْ﴾ [النساء، 6/4]، المرادُ منه: الرشدُ في المال إجماعاً، فلا يكون الرشدُ في الدين مراداً؛ لأنَّ المشروطَ رُشدٌ واحدٌ.

¹ د - أو ذكر الجمع.

² د: قصداً.

³ لم نجد هذا اللفظ إلا في الهداية للمرغنياني، 277/3. وقال الزيلعي في نصب الراية 161/4: غريب بهذا اللفظ. وقد وري بلفظ: «كل طلاق جائز، إلا

طلاق المعنوة المغلوب على عقله» انظر: سنن الترمذي، الطلاق 15. وقال الترمذي: هذا حديث لا تعرفه مرفوعاً إلا من حديث عطاء بن عجلان وضعيف ذاهب

الحديث. وقد روي عن علي قوله في مصنف عبد الرزاق، 409/6؛ مصنف ابن أبي شيبة، 547/9.

⁴ ح: يؤثر.

⁵ لم نجد هذا اللفظ إلا في بدائع الصنائع للكاساني، 234/2؛ والهداية للمرغنياني، 278/3. وقال الزيلعي في نصب الراية 165/4: غريب.

(والحرُّ العاقلُ البالغُ لا يُحجرُ عليه) عند أبي حنيفة (للسَّفه) أي: لصيرورته سفيهاً بعد البلوغ، والسفه¹ هو² العملُ بخلاف موجب الشرع.

(والتبذير) وهو أن يتلفَ ماله لا لغرضٍ، أو لغرضٍ لا يعُدُّه العقلاءُ من أهل الديانة غرضاً، كشراء الخَمَامِ الطَّيَّارَةِ بئسَ غايلٍ ونحوه.

(وتصرفُه جائزٌ وإن خلا عن مصلحةٍ) عند أبي حنيفة؛ لأن السفية مكلفٌ عاقلٌ، وفي حجره إهدارٌ لأدميته، وهو أضرُّ له من تبذير ماله، فلا يُحجرُ عليه إلا أن يكون ضرره عاماً، كالطبيب الجاهل والمفتي الماجن، وهو الذي يفتي عن جهلٍ، أو يعلمُ الناسَ الحيلَ، والمكاري المفلِس³.

(وقالوا: يُحجرُ عليه) نظراً له كالصبيِّ، أراد به تصرفاً يحتمل الفسخ كالبيع والشراء، وأمَّا ما لا يحتمله كالنكاح؛ فحجره غيرُ جائزٍ اتفاقاً، أمَّا عنده؛ فظاهرٌ، وأمَّا عندهما؛ فلأنَّ كلامَ السفية كالهازل من جهة خروجه على غير نهج العقلاء، فما لا يؤثِّرُ فيه الهزل لا يؤثِّرُ فيه الحجرُ.

(ويتوقَّفُ تصرفُه على إجازة الحاكم)؛ لأنه نُصِبَ ناظرًا⁴، فإن رأى فيه مصلحةً أجازته، وإلا فلا. وأمَّا لو تصرفَ في ماله قبل الحجر؛ لا يجوز عند محمد؛ لأن السفية كالصبا عنده، ويحوز عند أبي يوسف؛ لأنه كالمديون لا يحجر إلا بقضاء القاضي. أقول: لو قال: وقالوا: يتوقَّفُ تصرفُه على إجازة الحاكم، ولم يردف قولهما في المسألة الأولى؛ لكان أولى وأجز⁵؛ لأن قولهما كان في طرف الإثبات عن قول أبي حنيفة.

(وينفدُ عتقه، ويستسعى العبدُ)؛ لأن الحجرَ عليه كان للظنِّ له، فلما لم يمكن ردُّ إعتاقه؛ وجب على العبد ردُّ قيمته نظراً له. (ويجوزُ نكاحُه) وإن تزوجَ أربع نسوةٍ، أو تزوج كل يومٍ واحدةً، فطلقها؛ لأنه من حوائجه الأصليَّة. (وتسميةُ المهرِ) أي: مهرٌ مثلها؛ لأنه من ضرورات النكاح. (ويبطل الفضلُ عن مهر المثل)؛ لأنه لا ضرورةً فيه، ولا مصلحةً، فيبطل⁶. (وتخرجُ زكاته) أي: زكاة السفية، إلا أنَّ القاضي يدفعها إليه، ويبيعت معه أميناً ليصرفها في مصرفها؛ لأن الزكاة عبادةٌ، ومن ضرورتها النية.

(وينفقُ على أولاده وزوجته وذوي أرحامه)؛ لأن السفهَ غيرُ مانعٍ من إحياء حقوق الناس. (ولا يُمنعُ عن فرض الحج)؛ لأنه واجبٌ بإيجاب الله تعالى لا بصنعه، حتى لو حلف وحنث، أو ظاهرَ امرأته؛ لا يكفر بالمال، بل الصوم؛ لأنه مما يجب بفعله. (ومن عمرة واحدة) لا اختلاف العلماء في وجوبها. (وينفقُ عليه في الطريق ثقةً) يعني: يصرفُ القاضي نفقةً السفية إلى أمينٍ ينفقها عليه حذرًا عن إسرافها، ويعطي ما يلزمه مما لا تهمةً فيه، ككفارة الأذى ودم الإحصار، ولا يعطي ما يلزمه بجنايته في إحراره. (وينفدُ وصاياه في القرب) جمع قرية، وهي ما يتقرَّبُ به إلى الله (من الثلث)؛ لأن في تنفيذها نظرًا له من تحصيل الثواب في الآخرة، والثناء في الدنيا.

قَبِدَ بالقرب؛ لأنَّها في غير القرب لا ينفدُ.

(والبالغُ) حال كونه (غَيْرُ رشيدٍ) أي: سفيهاً⁷ (يسلمُ إليه ماله) عند أبي حنيفة (بخمسٍ وعشرين سنةً) يعني: يحجره القاضي عن ماله، فإذا بلغ ذلك السنَّ يسلمُه إليه، (وإن لم يؤنس رشده)؛ لأن المنع كان لرجاء التأديب، فإذا بلغ ذلك السنَّ، ولم يتأدَّب؛ انقطع عنه الرجاء غالباً، فلا معنى للحجر بعده. (وقالوا: يمنعُ أبداً) أي: لا يسلمُ إليه ماله (حتى يؤنس رشده، ولا يصحُّ تصرفُه فيه) أبداً؛ لأن عتقهما هو السفه، فلا بُدَّ أن يبقيا ما بقي السفه كالصبا.

¹ د - أي: لصيرورته سفيهاً بعد البلوغ، والسفه.

² د: وهو.

³ د - لأن السفية مكلف.

⁴ د - لأنه نصب ناظرًا.

⁵ د: لا حاجة إلى قوله: وقالوا: يحجر عليه.

⁶ د + وله: إن السفية مكلف كامل العقل، وفي حجره إهدار لأدميته، وهو أضرُّ له من تبذير ماله، فلا يحجر عليه، إلا أن يكون ضرره عاماً كالطبيب الجاهل والمفتن الماجن، وهو الذي يفتي عن جهلٍ أو يعلم الناس الحيل، والمكاري المفلِس.

⁷ د - أي: سفيهاً.

(ويبلغ الغلام باحتلام وإحبال) أي: يجعله امرأة حبلى، (وانزال، وإلا) أي: إن لم يظهر من هذه العلامات شيء؛ (فهو) أي: بلوغ الغلام (بتمام ثماني عشرة سنة) عند أبي حنيفة؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ﴾ [الأنعام، 152/6؛ الإساء، 34/17]، فسره ابن عباس بثمانية عشرة سنة. (والجارية) أي: تبلغ الجارية (بحيض واحتلام وحبلى، وإلا؛ فهو) أي: إن لم يظهر من هذه العلامات؛ فبلوغ الجارية (بتمام سبع عشرة سنة)؛ لأن نشء الإناث وبلوغهن أسرع، فنقص عن ذلك بسنة. (وقدراه بخمس عشرة فيهما) أي: في بلوغ الغلام والجارية، (وهو) أي: قولهما (رواية) عن أبي حنيفة، وعليه الفتوى؛ لأن العادة جارية على أن البلوغ لا يتأخر عن هذه المدة.

(وإذا ادعى المراهق منهما) أي: من قُرب الاحتلام من الغلام والجارية، وهو من سنه اثنا عشر سنة في الغلام، وتسع سنين في الجارية (البلوغ صدق)؛ لأنه أمر لا يعرف إلا من جهته، ولا يكذب الظاهر.

(والمديون لا يحجز عليه) عند أبي حنيفة وإن طلب غرماؤه الحجز عليه؛ لأن فيه إهدارا لأدميته، وهو إضرار له، (بل يُحبس أبداً ليوفي) دينه بالاستقراض، أو ببيع² ماله، ودفعاً عن غرماؤه ظلم مطلقه. (ويقضي عنه) أي: يقضي القاضي دينه عن ماله بغير أمره اتفاقاً (لتجانس دينه ونقده) كما إذا كان ماله دراهم ودينه دراهم، وللغريم أيضاً أن يأخذه بلا رضا المديون إذا رأى في يده جنس حقه. (وباع أحد النقدين بالآخر) يعني: إن كان له³ دنائير ودينه دراهم، أو بالعكس؛ باع القاضي أحدهما بالآخر لإيفاء دينه اتفاقاً، أما عندهما؛ فظاهر، وأما عنده؛ فعمله (استحساناً) وكان القياس أن لا يجوز له ذلك كما في العروض.

وجه الاستحسان: إنَّ النقدين جنسان صورة، وجنس واحد معنى من حيث إنَّ كلاً منهما وسيلة، فالاعتبار الأول لم يجز للدائن أن يأخذ أحدهما مكان الآخر جبراً، وباعتبار الثاني جاز للقاضي أن يقضي به دينه عملاً بالشبهين، بخلاف العروض؛ لأن الأغراض متعلقة بأعيانها.

(وقال: يُحجز عليه بطلب الغرماء، فيمنع من التصرف)؛ لأن في حجره نظراً للغرماء، (وباع ماله لامتناعه) أي: ببيع القاضي مال المديون الحاضر لأداء دينه إن امتنع عن البيع، كما إذا أسلم عبداً ذمي، وامتنع الذمي عن بيعه؛ باعه القاضي، فيبدأ ببيع نقود المديون؛ لأنها معدة للتقلب، ثم بعروضه إن لم يف ثمنها بالدين؛ لأنها قد تعددت للتقلب، ثم بعقاره. قيدنا المديون بالحاضر؛ لأنه لو كان غائباً لا يبيع القاضي ماله اتفاقاً.

أقول: في كلامه سوء ترتيب⁴؛ لأن أداء الدين عند التجانس وبيع أحد النقدين بالآخر اتفاقاً، ذكرهما بين قول أبي حنيفة، وإرداف قولهما عنه، ولو قال المصنف: والمديون يُحبس ولا يحجز عليه بطلب الغرماء ولا يباع ماله لامتناعه؛ لكان الكلام أخصر وأسنى، وعن إرداف قولهما أغنى.

(ويقسم) ثمنه بين الغرماء (بالحصص) إذا باعه المولى أو⁵ القاضي اتفاقاً.

(وإن أقر) المديون بدين لرجل (وهو محجور؛ لزمه) ما أقر به (بعد قضاء الدين)؛ لأن المديون لما حجز للغرماء تعلق حقه بما في يده، فلا يملك إبطاله بالإقرار لغيرهم، لكن ينفذ إقراره على نفسه.

اعلم أن إقراره في حالة الحجر من الصور الخلفية، ذكر في «المحيط»: يصح إقرار المحجور عند أبي حنيفة، ولا يصح عندهما في المال الذي في يده، وأنت ترى أن المصنف أورد بصيغة الوفاق. وفيه إشارة إلى أنه لو استفاد مالا آخر بعد الحجر نفذ إقراره وتبرعته فيه؛ لأن حقه تعلق بالمال القائم لا بالمستفاد.

قيد بالإقرار؛ لأنه لو استهلك مالا لغيرهم؛ فله أن يشاركهم فيما في يده؛ لأن الحجر إنما يثبت في القول لا في الفعل، وكذا لو تزوج امرأة بمهر مثلها، فلها أن تشاركهم فيه؛ لأن النكاح من حوائجه.

(وينفق على المفلس) المديون المحجور من ماله (وأولاده وزوجته وذوي أرحامه)؛ لأن حقوقهم متقدمة على حقوق الغرماء.

1 ح: عشر.

2 ح: بيع.

3 ح - له.

4 ح: الترتيب.

5 ح - المولى أو.

(ويحبس لطلب الغريم) حسبته (وإنكاره المال فيما التزمه) أي: في كلِّ دينٍ لزمه (بعقد) كالمهر والكفالة، (أو لزمه بدل مال) أي: لزمه عن مالٍ حصل في يده، كتمن المبيع وبدل القرض، يعني: الحاكم يحبس في هاتين الصورتين، ولا يلتفت إلى إنكاره، وقوله: لا مال لي؛ لظهور مطله. أمّا في الأولى؛ فالأصل إقدامه على العقد باختياره يدلُّ على غناه، وأمّا في الثانية؛ فالأصل ما في يده من المال يدلُّ على غناه.

(وفي غيرهما) أي: في غير هذين الدينين، كدين عَوْضِ المغصوب وأرض الجناية إذا أنكر المديونُ المالَ إنَّما يحبس الحاكم (بالبيّنة) يعني: بعدما يقيم الغريمُ البيّنة بأن له مالاً، ولا يحبس قبله؛ لعدم الدليل على يساره، (حتى يظهر إفلاسه) وهو متعلِّق بقوله: «يحبس». (بيّنة) أي: بأن يقول الشهود: إنَّه فقيرٌ لا نعلمُ له مالاً سوى كسوته، ولفظُ الشهادة ليس بشرطٍ فيه، وقيل: شرطٌ.

(أو بمضَيّ شهرين أو ثلاثة) على اختلاف القولين، (أو ما يراه الحاكم في الصحيح) يعني: ظهورُ إفلاسه برأي القاضي أصحُّ الأقوال؛ لاختلاف أحوال الناس في الهيئة وتحمل الشدّة، وإذا ظهر إفلاسه والدائئُ غائبٌ؛ يأخذ منه القاضي كفيلاً، ويخرجه من الحبس، ولو قام بيّنة على إفلاسه قبل الحبس؛ لا يقبل في أظهر الرواية.

(وللغرماء) أي: لغرماء المديون بعد خروجه من الحبس (ملازمته) عند أبي حنيفة؛ لأن ظاهر الحال يصلح أن يدفع الإلزام، ولا يبطل الحقُّ في الملازمة؛ لقوله صلى الله عليه سلم: «لصاحب الحق يدٌ»¹ أي: ملازمةٌ، لكن إذا دخل داره لحاجته لا يتبعه، بل يجلس على بابه، فإذا خاف أن يهرب من جانبٍ آخر؛ فله أن يمنعه من الدخول، أو يدخل معه. (من غير أن يمنعه عن التصرف في السفر) لئتمكّن من الاكتساب وقضاء الدين. (واقتراساً فاضل كسبه) أي: للغرماء أن يقتسموا بينهم ما فضل من كسبه عن حوائجه (بالحصص). ومنعاً منه) أي: من ملازمته؛ لأن القضاء بالإفلاس صحيحٌ عندهما، فإذا ثبت العسرة يمنع غرماؤه عنه (إلى بيّنة يساره) فإذا أقام الغرماء البيّنة على يساره؛ ترجّح² على بيّنة الإعسار؛ لأن الأصل هو العسرة، وبيّنة اليسار صار أكثر إثباتاً. ولو قدّم المديون بعض الغرماء في القضاء جاز؛ لأنّه تصرفٌ في ملكه، ولو زاد على حصّته؛ فغيره³ من الغرماء أن يأخذه.

(كتاب المأذون)

الإذن في الشرع: فكُّ الحجر، وفائدته: اهتداء العبد والصبي إلى اكتساب الأموال.

(إذا أذن له⁴ المولى إذناً عاماً) في التجارات؛ (جاز تصرفه مطلقاً) أي: في جميع أنواعها.

ثم الإذن إن كان خاصاً، كما إذا قال: أذنت لعبدي فلان، ولم يشهر بين الناس، فعلم العبد به شرطٌ لصيرورته مأذوناً، وإن كان عاماً، كما إذا قال المولى لأهل السوق: بايعوا عبدي فلاناً؛ يصير مأذوناً قبل العلم. ولو أذن لعبده الآبق؛ لا يصير مأذوناً، ولعبده المغصوب يكون مأذوناً؛ لأن بيع الآبق غير جائز، وبيع المغصوب جائز، فكذا إذنه. كذا في «الخانية».

(وأثبتناه) أي: الإذن (بالدلالة) كما إذا رأى المولى عبده أو الوصي الصبي يبيع ويشترى، وسكت عن النهي، سواء كان المبيع مملوكاً لهما أو لا، لكن فيما عاينه المولى إن كان شراءً ينفذ عليه؛ لأن المبيع يدخل في ملكه، فلا يتضرر، وإن كان بيعاً لا ينفذ عليه؛ لأن المبيع يزول عن ملكه، فلم يُجعل سكوته إذناً في ذلك البيع، وإنَّما جعل إذناً بعده (كالصريح) أي: كنبوته بالإذن الصريح. وقال زفر: لا يكون سكوته إذناً؛ لاحتمال أن يكون عن سخطه، كما لا يثبت إذا رأى عبده يتزوَّج فسكت، فكما إذا رأى المرتهن يبيع⁵ الرهن، فسكت.

ولنا: إنَّ العادة جرت بأن من لا يرضى ببيع عبده ينهى عنه، ولو لم يُجعل سكوته إذناً؛ لأدّى ذلك إلى إضرار الناس لغورهم به ومعاملتهم معه، فجعل سكوته رضاً عرفاً.

وفي «الحقائق»: إنَّما يُجعل سكوت المولى إذناً إذا لم يسبق منه ما يوجب نفى الإذن حالة السكوت؛ إذ لو سبق منه ذلك لا يكون منه إذناً اتفاقاً، كما إذا قال المولى: إذا رأيتم عبدي يتجر، فسكت؛ فلا إذن له في التجارة، ثم رآه يتجر فسكت؛ لا يصير مأذوناً. وفي «المحيط»: لو رأى القاضي صبيّاً أو معتوهاً يبيع ويشترى، فسكت؛ لا يكون إذناً.

1

2 ح: يرجح.

3 د: ولغيره.

4 ح - له.

5 د + الراهن.

وإذن القاضي للصبي¹ جائز، وإن أبي أبوه أو وصيه؛ فإبائه باطل، وإنما يحجر يحجر القاضي الأول أو الثاني؛ لأنه مثله في الولاية.

(ولو سَمَى له) أي: المولى لعبده (نوعاً) كما إذا قال: أذنك لك أن تتجر بكذا، (أو مدّة) كما إذا قال: إلى وقت كذا، (أطلقناه في الكل) يعني: يصير مأذوناً عندنا في جميع التجارات وفي جميع الأوقات.

قَيَّد بقوله: «نوعاً»؛ لأنه لو سَمَى شيئاً معيناً، وأذن له في بيعه أو شراؤه؛ لا يكون مأذوناً، إلا أن يقول: بيع هذا الثوب، واشتر بمنه ثوباً، أو يقول: اشتر هذا الثوب فبِعْه، فحينئذ يكون مأذوناً؛ لأنه أذن له في عقدٍ مكرّر.

وقال زفر: يتقيّد بما قيّد به المولى؛ لأن الإذن توكيلٌ وإناؤه من المولى؛ لأنه يتصرّف له، فيختصّ بما خصّه به، كما لو أذن القاضي الصبي، وقيّده بنوع؛ يتقيّد به؛ لأنه بمنزلة التوكيل.

ولنا: إن الإذن إسقاطٌ لقيد الحجر، ولهذا جاز تعليقه بالشرط، ولم يجز تعليقه بالحجر، والإسقاط متى وقع لا يقبل التقييد. وفي «الحقائق»: هذا إذا صادف الإذن بالتصرّف عبداً محجوراً، أما إذا صادف عبداً مأذوناً يتخصّص، كما إذا أذن لعبده في التجارة، ثم دفع إليه مائلاً، وقال: اشتر لي به الطعام، فاشترى الدقيق؛ يصير مشترياً لنفسه.

(لا بشراء ثياب الكسوة ولا طعام الأكل) يعني: إذا اشترى العبد هذه الأشياء بإذن مولاه لا يكون مأذوناً؛ لأنه استخدام، ولو صار مأذوناً به لانسدّ باب استخدامه.

(ويجوز بيعه) أي: بيع المأذون (وشراؤه بغير يسير) بالاتفاق؛ لتعدّر الاحتراز عنه، (وكذا بالفاحش) يعني: عند أبي حنيفة يجوز بالغبن الفاحش أيضاً، وهو ما لا يتعابى بمثله، وقالوا: لا يجوز؛ لأن المقصود من الإذن الاسترباح، والعقد بالفاحش إتلاف، فلا يدخل تحت الإذن، فلا يجوز، كما لم يجز العقد بالفاحش من الأب والوصي والقاضي في مال الصبي.

وله: إن المأذون متصرّف لنفسه كالحرّ، فيصحّ عقده بالفاحش، بخلاف ما استشهدا به؛ لأن تصرّفهم للصغير، وهو مقيد بالنظر له.

(ولو ابتاع) المأذون (بالخيار، فوهب له الثمن) أي: أبرأه بئعه عن الثمن في مدة الخيار، (فله الرد) أي: للمأذون رد المبيع بالخيار عند أبي حنيفة، (أو اشترى عبداً بألف، فزادته قيمته لسمنه؛ فله الإقالة فيه) أي: للمأذون في ذلك العبد عند أبي حنيفة؛ لأن المأذون متصرّف لنفسه. وقالوا: لا يجوز له الرد ولا الإقالة؛ لأن الاسترباح المقصود من الإذن يفوت بهما.

(ويجوزها) أي: أبو يوسف الإقالة (لو كان) المأذون (مديوناً بعد هبة الثمن) أي: بعد إبراء البائع المأذون عن الدين. هذا إذا قبض المأذون المبيع؛ لأنه لو لم يقبضه لا يجوز إقالته اتفاقاً؛ لأن الإقالة في المنقول قبل القبض فسحّ عند أبي يوسف أيضاً؛ لتعدّر البيع، فيبطل.

له: إن الإقالة بيعٌ جديدٌ بالثمن الأول عنده، فيجب للمأذون على البائع مثل الثمن الأول، فينتقل حقّ الغرماء من المبيع إلى ثمنه، ولا يتضررون.

وقالوا: لا تجوز الإقالة؛ لأنها فسحّ عندهما، فلا يجب للمأذون على البائع ثمن؛ لأنه لم يقبض منه شيئاً، فيقبض البائع المبيع مجّاناً، فيتضرّر به الغرماء.

اعلم أنّ الفائدة في التقييد بكونه مديوناً غير ظاهرة؛ لأن الإقالة يصحّ من المأذون مديوناً كان أو غيره. ذكر في «المحيط».

(ويؤكّل) المأذون (ويضع) أي: يعطي رجلاً قدرًا من المال ليئجر به ويكون الربح له، (ويضارب، ويعير، ويهرن، ويستهرن، ويؤجر، ويستأجر)؛ لأن هذه الأشياء من توابع التجارة. (ويزارع) أي: يدفع الأرض مزارعةً يأخذها؛ لأنها مما يطلب به الربح، وقد قال صلى الله عليه وسلم: «المزارع يتاجرُ به»².

(ونجيز إجارته نفسه) وقال الشافعي: لا يجوز.

قَيَّد بالإجارة؛ لأنه لو رهن نفسه أو باعه لا يجوز اتّفاقاً.

وقَيَّد الإجارة بنفسه؛ لأنه لو أجر كسبه جاز اتّفاقاً. من «الحقائق».

¹ د - للصبي.

² ولم أجد في المصادر التي بين أيدينا.

له: إنَّ الإذْنَ لم يتناول التصرُّفَ في نفسه، ولهذا لا يملك بيع نفسه، فلا يملك بيع منافعها؛ لأنَّها تابعة له.
ولنا: إنَّ الإجارة نوعٌ تجارةٍ، فيملكها، وإنَّما لم يجزُ بيع نفسه؛ لاستلزامه بطلانَ الإذن، ولا كذلك بيع منافعها.
(ويقَرُّ بالدين) أي: يصح إقراره به، سواءً كان مديوناً أو لا؛ لأنَّه لو لم يصحَّ؛ لامتنع الناس من معاملته.
المراد بالدين: ما حصل بالتجارة؛ لأنَّه لو لم يحصل به كإقراره بمهرٍ؛ لا يصحُّ، فلا يؤخذ¹ به قبل العتق.
وفي «المحيط»: هذا إذا أقرَّ قبل أن يباع، ولو أقرَّ بعده؛ لا يصدِّق على الغرماء؛ لأنَّه بالبيع صار محجوراً، وإقرار المحجور لا يصحُّ.

(والغصب) إنَّما صحَّ إقراره به؛ لأنَّه ضمانٌ الغصب ضماناً معاوضة تملك وتملك، فكان كالتجارة.

(والوديعة)؛ لأنَّها من صنيع التجار.

(والمديون لا يصحُّ إقراره لأصوله وفروعه وزوجته) عند أبي حنيفة؛ لأن هذا إقرارٌ صورةً وشهادةً معني، وشهادته لهؤلاء غير جائزة لو كان حراً، فكذا² إقراره. وقالوا: يصحُّ؛ لأنَّه أقرَّ لمن لا حقَّ له في أكسابه، فصار كما لو أقرَّ لأجنبي.
(ولا يتزوج) المأذون، (ولا يزوّج ممالئكه)؛ لأن التزوّج والتزويج ليس من باب التجارة.
(ويجوز له) أي: أبو يوسف للمأذون (وللمضارب وشريك العنان تزويج الأمة)؛ لأن فيه تحصيل المهر وسقوط النفقة، فأشبهه إجاتها.

قيّد بقوله: «له وللمضارب»؛ لأن تزويج أمة الصغير جائز للأب والوصي اتفاقاً؛ لأن تصرّفهما غير مقيد بالتجارة، بل مقيد بالأنظر للصغير. كذا في عامة الكتب. لكن جعل صاحب «الهداية» تزويج الأب والوصي على هذا الخلاف. والله أعلم.
وقيّد بتزويج الأمة؛ لأن تزويج العبد ليس لهم اتفاقاً.
والمكاتب يملك تزويج أمته اتفاقاً. من «الحقائق».

(ولا يكتاب) المأذون مملوكه، (ولا يعتق على مال)؛ لأن كلاً منهما ليس من باب التجارة؛ إذ هي مبادلة المال بالمال للاسترباح، ولو فعلهما المأذون ولم يكن مديوناً فأجازه المولى؛ يجوز؛ لأن الامتناع كان لحقّه، فإذا أجازه زال المانع، ولكن ليس للمأذون أن يقبض البذل؛ لأنَّه نائبٌ من المولى وسفيرٌ عنه، فلا يتعلّق به حقوق العقد كالنكاح. وما ذكره صاحب «النهاية» من أنه إذا كان على المأذون دينٌ قليلٌ أو كثيرٌ؛ لا يجوز كتابته وإن أجازه المولى؛ فمشككٌ؛ لأن الدين إذا لم يكن مستغرقاً لا يمنع أن يكون ما في يده ملكاً للمولى اتفاقاً، وأما المستغرق؛ فإنَّما يمنع عند أبي حنيفة، فكيف يستقيم هذا القول؟
(ولا يقرض ولا يهب مطلقاً) أي: بعوضٍ أو بغيره؛ لأن القرض تبرُّع محض، وكذا الهبة، وأما الهبة بعوضٍ؛ فتبرُّع أيضاً في الابتداء، فلا ينتظمها الإذن بالتجارة.

(ويهدى اليسير من الطعام) وهو بضم حرف المضارعة، أي: يجعله هديّة.

قيّد باليسير. وهو قدرٌ ما يتخذ به للضيافة اليسيرة؛ لأنَّه لا يملك إهداء الكثير منه.

وقيّد ب«الطعام»؛ لأن إهداء قدر اليسير من الدراهم غير جائز. وقيل: يملك التبرُّع بما دون درهم.

(ويضيف معاملةً) أراد بها: الضيافة اليسيرة، وهي ما لا يعدّها التجار إسرافاً، وهو الصحيح. وإنَّما جاز ضيافة³ من يعامله؛ لأن التاجر يحتاج إليها لاستجلاب قلوب الأغنياء.

(ويباع كسبه) الحاصل قبل الدين أو بعده (في الدين) أي: في أداء دينه اتفاقاً.

(ونأمرُ ببيع رقبته فيه) يعني: يجب على القاضي أن يبيع رقبته المأذون في أداء دينه إذا لم يف كسبه بحقوق الغرماء، ولكن لا يعجل ببيعه، بل ينتظر مدّة؛ لاحتمال أن يكون له دين يقتضيه. وقال الشافعي: لا يباع.

هذا إذا كان ديناً بسبب التجارة، وإن كان ديناً استهلاكاً؛ يباع رقبته فيه اتفاقاً؛ لأنَّه دينٌ متعلّق بالجناية لا بالإذن.

له: إنَّ الإذن إنَّما تعلّق بكسبه، فلا يباع رقبته في دينه كسائر أموال المولى.

ولنا: إنَّ هذا دينٌ ظهر وجوبه في حق المولى بإذنه، فيتعلّق برقبته، كما إذا تزوج بإذن مولاه يتعلّق بها دينٌ نفقة زوجته.

¹ د: يؤخذ.

² د: وكذا.

³ ح: ضيافته.

قَيَّدنا ببيع القاضي؛ لأن المولى محجورٌ عن بيعه لتعلُّقِ حقوق الغرماء به. وفي «المحيط»: حضور المولى شرطٌ في بيع رقبته؛ لأنَّه هو الخصمُ في رقبته عبده، كما إذا ادَّعى رقبته إنسانٌ، وحضورُ المأذون شرطٌ في بيع كسبه؛ لأنَّه هو الخصمُ فيه، كما إذا ادَّعى كسبه إنسان.

(إلا أن يفديه المولى) بقضاء دينه، وهو استثناءٌ من قوله: «نأمر»، وذلك أن يؤدِّي عنه جميع الديون، لا أداء قيمته. كذا في «الكفاية».

(ويقسم) ثمنه (بين الغرماء بالحصص).

(وإن أعتقه) المولى موسراً كان أو معسراً¹ (نفذ، وضمن لهم قيمته)؛ لأنه أتلف ما تعلَّق به حُفَّهم، ولا وجهَ لردِّ العتق؛ لأنَّه لا يقبل الفسخ، فالغرماء بالخيار: إن شاؤوا ضمَّنوه قيمة العبد موسراً كان أو معسراً، وأخذوا بقيَّة دينهم من العبد²، وإن شاؤوا استسعوا العبد بجميع دينهم؛ لأنَّه صار حرّاً، ودينُ الحرِّ متعلِّقٌ برقبته تعلُّق الوجوب، لا تعلُّق الاستيفاء. هذا إذا كان المأذون قنّاً، وإن كان مدبراً، فأعتقه المولى؛ لا يضمن؛ لأن حُفَّهم لم يتعلَّق برقبته؛ لأن بيعه غير جائز.

وفي «المحيط»: إن أعتقه بإذن الغرماء لا يسقط الضمان عن المولى، وليس هذا كعتق الراهن بإذن المرتهن وهو معسرٌ حيث لا يضمن؛ لأنَّه قد خرج الرهن بإذنه، والمأذون لا يبرأ من الدين بإذن الغريم بعتقه.

(فإن فضل شيء) من الدين (طولب به) المأذون (بعد العتق فيهما) أي: في بيع المأذون وإعتاقه، ولا يباع ثانياً، كما في نفقة الزوجة؛ لأن النفقة تتجدد، فيكون ديناً حادثاً بعد البيع، ولا كذلك ديون الغرماء.

قَيَّد بالإعتاق؛ لأن المولى لو باعه بغير إذن القاضي لا ينفذ، فلهم حق الفسخ عند حضور المتعاقدين إذا كان العبد قائماً، وإن كان هالِكاً، فإن شاؤوا ضمَّنوا المولى، وإن شاؤوا ضمَّنوا المشتري قيمته، فيستردُّ الثمن من المولى.

وهذا إذا كان الدين معجلاً، فإن كان مؤجلاً، فباعه مولاه؛ جاز بيعه؛ لأن الدين المؤجَّل لا يحجر المولى عن بيعه، فإذا حلَّ الأجلُ ليس للغريم أن ينقض البيع، بل يضمن المولى قيمته. كذا في «الخانية».

(ولو كان له) أي: للمأذون (موليان) أذنا له بالتجارة، (فأذانه أحدهما) أي: جعله أحد الموليين مديوناً لنفسه، الإدانة: بيع العين نسيئةً. (مائة وأجنبي مثلها) أي: أذانه أجنبي مائة أخرى، (فبيع) المأذون (بمائة، أو مات، فتركها) أي: مائة، (فالثلث للمدين) أي: ثلث المائة للمولى الذي أذانه، والثلثان للأجنبي عند أبي حنيفة. (وقالا: الربع) أي: ربع المائة للمدين، (والباقي للأجنبي).

قَيَّد بأن يكون له موليان؛ لأنَّه لو كان له مولى واحد، فأذانه؛ لا يُعتَبَر دينُ المولى اتِّفاقاً. وقَيَّد بأن يكون مع دين المولى دينٌ أجنبي؛ لأنَّه لو كان لكل واحدٍ من الموليين عليه مائة والمسألة بحالها؛ فنصف المائة يكون للأجنبي، ونصفها للمولين اتفاقاً. من «الحقائق»³.

لهما: إنَّ المولى الذي أذانه لا شيء له في نصيب نفسه، فيسلم ذلك للأجنبي، ونصيب المولى الآخر بينهما لاستوائهما، فصار الربع له، وبقية للأجنبي.

وله: إنَّ نصف دين المولى بطل لملاقاته ملكه؛ إذ المولى لا يستوجب على عبده ديناً، وبقي النصف الآخر، وهو خمسون، وللأجنبي مائة كاملة، فيكون المائة أثلاثاً بينهما.

(وجعلنا الغرماء أحق من المولى بالولد والموهوب له) يعني: إذا ولدت المأذونة بعد لحوق الدين ولدًا⁴، أو وهب للمأذون شيء؛ فالغرماء أحقُّ به من المولى عندنا. وقال زفر: المولى أحقُّ به منهم؛ لأنَّه ليس من مال التجارة، فصار كالولد المولود قبل الدين.

ولنا: إنَّ الهبة كسبه، فيقضى بها دينه، سواء حصلت قبل الدين أو بعده، وأما الولد إذا حدث بعد الدين؛ فالدين متعلق بالأتم، فيسري إلى الوالد؛ لأنَّه متَّصل، وإن حدث قبل الدين لا يسري إليه؛ لأنَّه منفصل⁵.

¹ ح - موسراً كان أو معسراً.

² د: فإذا ضمن المولى قيمته إن شاؤوا اتبعوا العبد بقيَّة دينهم.

³ د: لأن الدين لو كان للمولين يكون المائة بينهما بالحصص بطريق المقاصة اتفاقاً، كذا في الكافي.

⁴ ح: وكذا.

⁵ د: ولنا: إن في صرف الحاصل إلى الغرماء دفعًا لحاجتهما، وهي تفرغ ذمتها، فيكون ذلك أولى من صرفه إلى المولى.

(ولو بيع) المأذون (وعليه ألفٌ معجلةٌ وأخرى) أي: ألفٌ أخرى (مؤجلةٌ بالفين) وهو متعلِّقٌ بـ«بيع». (فقضي المعجل) أي: الدين المعجل؛ (أمرنا بتأخير المؤجل إلى وقته) يعني: يدفع الألفُ الأخرى إلى المولى عندنا، فإذا حلَّ الأجلُ أعطاه المولى إلى الغريم. (لا بتعجيله) يعني: قال زفرٌ: يعطى الألفُ الباقيةُ إلى صاحب الدين المؤجل في الحال؛ لأن الدين انتقل من الذمة إلى الثمن بالبيع، فصار كتحوُّله إلى التركة بالموت، وهناك يحلُّ الدين، فكذا هذا.

ولنا: إنَّ الدينَ كان في الذمة، ولم يتحوَّل إلى الثمن، بدليل أنَّه لو هلك الثمنُ قبل الدفع؛ كان كلُّ الدين على العبد، فلا يطالب به في الحال، فينتفع المولى به إلى الأجل.

(وإعتاق المولى عبدَ مأذونه المستغرق بالدين) أي: المحيط بماله ووقته (لا يصحُّ) عند أبي حنيفة. وقالوا: يصحُّ. (وقوله له) أي: قولُ المولى لعبدِ مأذونه الذي لم يولدَ عنده: (هذا ابني وهو ممكنٌ) أي: والحالُ أنَّ العبدَ صالحٌ أن يولد منه (مجهولٌ) أي: مجهولُ النسب (غيرُ ملحقٍ) خيرٌ للمبتدأ، وهو قوله: «وهو»، بكسر الحاء، أي: لا يلحق ذلك القولُ نسبه به عنده، فلا يعتق، ويُلحقُ عندهما، فيعتق، فيضمن قيمته للغرماء إن كان موسراً، ويسعى العبدُ إن كان معسراً، فيرجع على المولى. إنَّما قيَّدنا بقولنا: «الذي لم يولدَ عنده»؛ لأنَّه لو وُلِدَ العبدُ عند العبدِ المأذون، وأدَّعه المولى؛ يصحُّ اتفاقاً؛ لأنَّه دعوةُ الاستيلاء، وإنَّها صحيحةٌ، أمَّا عندهما؛ فلائنه صادف حقيقةَ الملك، وأمَّا عنده؛ فلائنه صادف حقَّ الملك، فيكفي لصحة الاستيلاء، كما في جارية المكاتب. ذكره في «المحيط».

(وضمنان قتله إياه) أي: قتل المولى عبدَ مأذونه (ضمنانٌ جنايةً) عنده. (وقالوا: ضمانٌ إتلافٍ). قيَّد بعبد المأذون؛ لأنَّه لو أعتق المأذونَ جازَ إعتاقه اتفاقاً، فيضمن للغرماء ما هو أقلُّ من قيمته ومن الدين. وقيَّد بالمستغرق؛ لأنَّ الدينَ لو لم يكن مستغرقاً؛ صحَّ إعتاقه اتفاقاً، ويضمن قيمته من أعتق للغرماء. كذا في «المصنفى».

وهذه المسائلُ الثلاثُ مبنيةٌ² على أصلٍ مختلفٍ فيه، وهو أنَّ المولى يملكُ أكسابَ مأذونه المستغرق بالدين عندهما؛ لأنَّ رقبته. وهو الأصل. ملكه، فيكون الفرغ. وهو الأكساب. له، ولا يملك عنده؛ لأنَّ العبدَ متصرفٌ لنفسه بأهليته الأصلية، فيكون أكسابه له، وإنَّما يقع للمولى بطريق الخلافة إذا فضلت عن حاجته، وهنا لم يفضل؛ لأنَّه محتاجٌ إلى تفرغ ذمته بها؛ وإنَّما لم يصحَّ إعتاقه في المسألة الأولى، ولا دعوته في المسألة الثانية عند أبي حنيفة؛ لأنَّه صادفَ غيرَ ملكه، وصحَّ عندهما؛ لأنَّه صادف ملكه. وأمَّا في المسألة الثالثة؛ فعنده لَمَّا لم يملكه المولى صار قتله كقتل أجنبيٍّ خطأً، فعليه قيمته ثلاث سنين، وعندهما لَمَّا ملكه صار قتله كقتل عبده المأذون، فيضمن قيمته للغرماء في الحال.

(وإذا باع) المأذونُ المديونُ المستغرق (من المولى بمثل القيمة أو أكثر جاز)؛ لأنَّ المأذون بعد كونه مديوناً صار كالأجنبيِّ عن مولاة في ماله الذي في يده، حتى لو أخذ مولاة منه شيئاً يؤمَّر برده عليه، فيجوز أن يأخذ منه، لكن لَمَّا كان المولى متَّهماً في حقه؛ اعتبر أن يكون ذلك البدلُ مثلَ قيمته أو أكثر.

فإن قلت: كيف أجاز أبو حنيفة هذا البيع ولم يجوز بيع المريض من ورائه شيئاً بمثل القيمة لحق سائر الورثة؟ قلت: حقُّ الورثة متعلِّقٌ بعين التركة، وحقُّ الغرماء في المالية دون العين، حتى جاز للمولى أن يستخلص أكسابه بقضاء الدين. قيَّد بالمولى وبمثل القيمة؛ لأنَّه لو باع من أجنبيٍّ بغير فاحشٍ يجوز عند أبي حنيفة خلافاً لهما كما سبق. ولو باع من المولى بغير يسيرٍ لا يجوز عنده خلافاً لهما كما سيجيء.

(أو باعه المولى بالمثل) أي: باع المولى من عبده المأذون المستغرق بالدين شيئاً بمثل القيمة (أو أقل جاز) لارتفاع التهمة. قيَّد بالمثل أو بالأقل؛ لأنَّه لو باع بالأكثر لا يجوز عند أبي حنيفة، ويجوز عندهما، فللعبد عندهما أن يعطي مقدارَ قيمته، وإن لم يرض به المولى، فله أن ينقض البيع.

(فإن سلَّمه إليه) أي: المولى المبيع إلى مأذونه (بطل الثمن)؛ لأنه بتسليم المبيع أسقط حقه في الحبس، وتعلَّق حقُّ الغرماء؛ لأنَّه صار من كسب العبد، وبقي الثمنُ ديناً في ذمة العبد، فبطل؛ لأنَّ المولى لا يستوجب على عبده ديناً، فإذا أخذ الثمنَ أولاً؛ أعطاه بإزائه عوضاً، وكان استخلاصاً لكسب عبده، فجاز. وقيل: لا يبطل الثمنُ وإن سلَّم المبيعَ أولاً؛ لأنَّه يجوز أن ينعقد البيعُ ويتراخى وجوبُ الثمن، كما تأخر في البيع بالخيار إلى وقت سقوطه. قال صاحبُ «المحيط»: هذا القولُ هو الصحيح.

¹ د: تولد.

² د: مبتنية.

وفي «الهداية»: هذا إذا كان الثمن دينًا، وإن كان عَرَضًا لا يبطل؛ لأن حَقَّهُ يتعلَّقُ بالعين، ولا يكون دينًا، فللمولى أن يطالبه كما لو أودعه مألًا، فيكون المولى أحقَّ به من سائر الغرماء.

(ولو حبسه) أي: المولى المبيع (لاستيفائه¹) أي: لاستيفاء² الثمن (جاز)؛ لأن ملكَ اليد لا يزول عن البائع ما لم يصل إليه الثمن، فله حبسه لذلك.

(ويبعه من مأذونه وابتياغه) أي: شراؤه منه (بعينٍ يسيرٍ فاسدٌ) عند أبي حنيفة دفعًا للضرر عن الغرماء؛ لأن حقوقهم متعلِّقة بمالِيَّة أكسابه. (وخيراه) أي: خيَّر صاحبا المولى³ (بين الفسخ ورفع⁴ العبن) بأن يقال له في بيعه: حطَّ الزيادة على القيمة أو افسخ العقد، ويقال له في شرائه: كَبَّلَ الثمنَ إلى قدر القيمة أو افسخ؛ لأن الضرر عنهم يندفع بهذا.

(ويشترط في الحجر عليه) أي: على المأذون (ظهوره لأهل سوقه) أي: لأكثره؛ لأن إعلامَ الكلِّ متعَدِّرٌ، فأقيم الأكثرُ مقام الكلِّ. وإنما شُرِّطَ علمهم؛ لأنَّهم لو لم يعلموا وعاملوه لتضرَّروا؛ لعدم تعلُّق حقوقهم بعد الحجر بكسبه ورقبته، فيتأخَّرُ إلى ما بعد العتق. هذا إذا اشتهر كونه مأذونًا، وأما إذا لم يشتهر؛ فعلمُ العبد كافٍ في حجره.

اعلم أنَّ الحجر إذا اشتهر يثبت في حقِّ أهل السوق، لكنَّ العبد يبقى في نفسه مأذونًا إلى أن يعلم بالحجر، كالوكيل لا ينزل إلى أن يعلم بالعزل؛ لأنَّ العبد يتضرَّرُ به حيث يلزمه قضاء الدين من خالص ماله بعد العتق، وإنَّه ما رضي به.

فسرنا الأهل بالأكثر؛ لأنَّه لو علم من أهله رجلٌ أو رجلان لا ينحجر، وإن بايعوه جاز، وإن بايعه الذي علم بحجره⁵. (ولو أخير به) أي: المأذون بكونه محجورًا (فعدالة المخبر أو العدد شرط) عند أبي حنيفة. (وأثبتناه بواحد مطلقًا) أي: عدلاً كان أو غيره.

وفي «الحقائق»: هذا إذا كذبه العبد، أما إذا صدَّقه؛ يصير محجورًا اتِّفاقًا. ولو كان المخبر رسولًا ينحجر في الوجهين اتفاقًا؛ لأن عبارة الرسول كعبارة المرسل.

قيَّد الإخبار بكونه محجورًا؛ لأن كونه مأذونًا يثبت بخبر واحدٍ اتِّفاقًا، سيأتي البيان عليه في عزل الوكيل. (ويثبت) الحجر (بموت مولاة وجنونه ولحاقه بدار الحرب مرتدًا) علمه العبد أو لم يعلم؛ لأن أهليَّة الإذن لَمَّا زالت عن المولى بهذه الأشياء بطل بقاء الإذن، أما السبب في موته وجنونه؛ فظاهرٌ، وأمَّا في لحاقه؛ فالأصلُ الولاية منقطعة بين الدارين، وكذا الصبيُّ ينحجر بموت الأب أو الوصي⁶، وأمَّا المأذون من جهة القاضي لا ينزل بموته؛ لأنَّ إذن القاضي حكمٌ من وجهه، فلا يبطل بموته⁷. كذا في «المحيط».

قال المصنف في «شرح»: يثبت الحجر بلحاقه مرتدًا؛ لأنَّه موتٌ حكميٌّ، ولهذا يعتق مدبِّره. أقول: قد تسامح فيه؛ لأنَّ اللحاق بدون القضاء لا يكون كالموت عندنا كما سيحيى في فصل المرتد. (ونثبتته) أي: الحجر (بإيقافه) وقال الشافعي: يبقى مأذونًا؛ لأنَّ الإباق لا ينافيه، فصار كما لو غصبه غاصبٌ. ولنا: إنَّ المولى لا يرضى بتصرُّف الأبق المتمرِّد عادةً، فينحجر بطريق الدلالة كالتصريح به، فإن عاد من الإباق؛ فالأصحُّ أنه لا يعود مأذونًا؛ لانقطاع ولاية المولى عنه، والإذن إنَّما يبتني عليها.

(وأثبتناه بولادتها منه) يعني: المأذونة إذا ولدت من مولاها تحجر عندنا خلافاً لغيره. له: إنَّ الاستيلاء لا ينافي الإذن، حتى لو أذن أمٌ ولده صح، فصارت كما لو دبرها. ولنا: إنَّ الإنسان يحصنُ أم ولده في العادة، ويمنع من خروجها، فصار ذلك حجرًا دلالةً. فإن قلت: الإذن كان ثابتًا صريحًا، فكيف بطل بدلالة الحجر؟

1 د: لاستيفاء.

2 د: استيفاء.

3 د: المأذون.

4 د: أو رفع.

5 د -؛ لأن العبد يتضرر به.

6 د: والوصي.

7 ح - بموته.

قلت: بقاء الإذن بدلالة الاستصحاب، فلا يكون ثابتاً بدليل فضلاً عن الصريح، والحجرُ يثبت بدليل، فإنَّ العادة من أقوى الدليل، بخلاف ما إذا أذن لأمِّ ولده؛ لأنَّه تصريحٌ منه بالخروج.

(وإقراره بما في يده بعد الحجر) يعني: إقراره بأنَّ ما في يده لمولاه أو لغيره أمانةً عنده أو مغضوبٌ منه أو بأنَّ عليه ديناً ليقضى بما في يده (صحيحٌ) عند أبي حنيفة. وقالوا: لا يصحُّ.

ويُقدِّم بقوله: «بما في يده»؛ لأنَّه لو أقرَّ بدينٍ لمولاه لا يجوز اتِّفاقاً، سواءً كان عليه دينٌ أو لا؛ لأنَّ المولى لا يستوجبُ على عبده.

ويُقدِّم بقوله: «بعد الحجر»؛ لأنَّه لو أقرَّ بما في يده لمولاه قبل الحجر، ولم يكن عليه دينٌ؛ يجوز اتِّفاقاً، حتى إذا لحقه دينٌ لا يتعلَّقُ حقُّ الغريم به.

لهما: إنَّ مصحِّح إقراره كان كونه مأذوناً، وقد زال، ولهذا لو أقرَّ بدينٍ لا يتعلَّقُ بربقته، فلا يتعلَّقُ بكسبه. وله: إنَّ المصحِّح في حال الإذن كونُ المال في يده، ولهذا لو أخذ منه المال لم يصحَّ إقراره فيه لعدم يده، ويُدَّه باقيةً بعد الحجر، فيصحُّ إقراره كما قبل الحجر، وإنَّما لم يتعلَّقُ إقراره بالدين بربقته؛ لأنَّها ليست من كسبه حتى يبقى يده عليها، بل من كسب مولاه.

(ولو حجر) المأذون (وفي يده ألفٌ، ثم أذن له، فأقرَّ بألفٍ؛ لزمته) ديناً (في الإذن الأول، فهو) أي: ما أقرَّ به من الدين (مقضيٌّ بهذه) الألف التي في يده عند أبي حنيفة. (وقالوا: هي للمولى يفديه¹ أو يبيعه) يعني: مولاه مخيَّرٌ، إن شاء فدى مأذونه، وإن شاء باعه، فأعطى ثمنه الدين.

ويُقدِّم بالحجر؛ لأنَّه لو لم يحجر يقضى الدينُ مما في يده اتِّفاقاً. ويُقدِّم بكون الألف في يده؛ لأنَّها لو لم تكن في يده لا يعتبَرُ إقراره في حقِّ مولاه اتِّفاقاً. ويُقدِّم بالإذن الأوَّل؛ لأنَّه لو أقرَّ بدينٍ كان في الإذن الثاني يلزم قضاؤه مما في يده اتِّفاقاً. لهما: إنَّ إقراره بالدين السابق فسد بالحجر، لكن لَمَّا وجد في حالة الإذن تعلقُ الدين بربقته، فيبيعه المولى أو يفديه. وله: إنَّ مصحِّح الإقرار هو اليد، وهي باقيةً بعد الحجر، فيصحُّ، فيؤدَّى الدينُ مما في يده. (ولو أقرَّ باقتضاض حرَّة أو أمة) يقال: اقتضَّها بالقاف، أي: أزال بكارتها (بأصبغه يلزمه) أبو يوسف الضمان (للحال) فيدفعه مولاه أو يفديه؛ لأنَّ إقراره بضممان المال صحيحٌ. وقالوا: لا يؤخذ² به في الحال؛ لأنَّ إقراره وإن كان ضماناً مالٍ، لكنَّه لم يجب عوضاً عن مالٍ، فليس في معنى التجارة، فلا يؤخذُ به إلا بعد العتق.

ويُقدِّم الاقتضاض بأصبغه؛ لأنَّه لو أقرَّ أنَّه كان بدكِّره يجب الحدُّ، ولا يجب المال اتِّفاقاً. (أو أقرَّ به) أي: باقتضاض حرَّة أو أمة بأصبغه (مكاتبٌ، فعجز) عن أداء بدل الكتابة، (فردٌ) في الرق، (فالضمان) أي: ضمان المهر في الحرَّة، والعتق في الأمة، (متأخِّرٌ) عند أبي حنيفة إلى ما بعد العتق؛ لأنَّه أقرَّ بجناية، وما لزمه من المال ليس من التجارة، فلا يلزم المولى. (ويلزمه) أبو يوسف (للحال)؛ لأنَّه دينٌ ظهر وجوبه بإقراره حال نفاذه، فيعتبر كسائر الديون. (ووافق له) أي: محمداً لأبي يوسف (إن قضيَّ به قبل العجز) أي: إن قضى القاضي بوجوبه عليه قبل عجزه، وإن لم يقض وافق أبا حنيفة؛ لأنَّ الدين بقضاء القاضي صار مقرَّراً في ذمته، فوجب للحال، وقبل القضاء لا يصير مقرَّراً، فسقط في الحال في حقِّ المولى، فيلزمه بعد العتق.

(كتاب الإقرار)

وهو في الشَّرْع: إخبارٌ بما عليه من الحقوق. وفي قيد الإخبار دلالةٌ على أنَّه ليس بإنشاء، ولهذا قالوا: لو أقرَّ بمالٍ لغيره، والمقرُّ له يعلم أنَّه كاذبٌ؛ لا يحلُّ له في الباطن إلا أن يسلمه بطيبٍ من نفسه، فيكون هبةً مبتدأةً. ولو أقرَّ لإنسانٍ بعينٍ مملوكةٍ لغيره يصحُّ؛ لأنَّ الإخبار في ملك الغير صحيحٌ دون الإنشاء، وإذا ملكه ينفد في حقِّ نفسه. ولو أقرَّ بالطلاق مكرهاً لا يصحُّ، ولو كان إنشاءً لصحَّ. ويُقدِّم الإخبار بما عليه؛ لأنَّه لو كان لنفسه يكون دعوى، لا إقراراً.

¹ د: ويفديه.

² د: يؤخذ.

(وإذا أقرَّ حرٌّ بالغٍ عاقلًا) طائعا (لمعلومٍ بحقِّ) وصدقه المقرُّ له، (لزمه مطلقًا) أي: معلومًا كان المقرُّ به أو مجهولًا، وكان بدل مالٍ أو لم يكن.

احترز بالقيود الأول عن إقرار العبد والصبي والمجنون، فإنه غير لازم مطلقًا.

قيدنا بقولنا: «طائعا»؛ لأن إقرار المكره غير ملزم. وبقولنا: «وصدقه المقر له»؛ لأنه لو كذبه لا يلزمه.

وقيد بقوله: «لمعلوم»؛ لأنه لو كان لمجهول؛ فإنه غير لازم، سواء تفاحشت جهالته، كما إذا قال لواحد: علي درهمان، أو لم يتفاحش، كما إذا قال لأحد هذين: علي درهمان؛ لأن المجهول لا يصلح للاستحقاق، لكن قال صاحب «الكافي»: إنه يجوز لمجهول إذا لم يتفاحش؛ لإمكان أن يتفق المقرُّ لهما على الأخذ، ويصطلحا بينهما. وكذا لا يجوز الإقرار بجهالة المقر عليه، كما إذا قال: لك على أحد منا ألف درهم؛ لأن المجهول لا يقضى عليه.

(ويبين المجهول وإن امتنع) المقر عن بيان ما أجهله (أجبر) على بيانه.

(ولو شرط) المقر (الخيار) كما إذا قال: له علي ألف على أني بالخيار ثلاثة أيام (بطل الشرط)؛ لأن الإقرار لا يحتمل الفسخ.

(وإن أقر بشيء؛ فسره بما له قيمة)؛ لأن ما لا قيمة له لا يثبت في الذمة، وإذ فسره به يكون رجوعًا عن إقراره، فلا يُسمع.

(عرفًا) قيد به؛ لأنه لو فسره بحبة من حنطة لا يسمع؛ لأنه لا قيمة لها في العرف، وإن كان لها قيمة في نفس الأمر.

(ويحلف) المقر (إن عورض بأكثر) أي: إذا ادعى المقرُّ له أن المقرُّ به أكثر مما بينه ولا بينة له، (أو بسهم من الدار، فهو

سدس) يعني: إن أقرَّ بسهم من داره يكون إقرارًا بسدسها عند أبي حنيفة. (وأمره بالبيان)؛ لأن السهم مجمل كالجزء.

وله: ما روي أن ابن مسعود سئل عن أوصى بسهم من ماله، فقال: له السدس.

(أو بعبد) أي: إذا قال: لفلان عبد علي، (يوجب) أبو يوسف عليه (قيمة عبد وسط)؛ لأنه أقرَّ بعبد دين، والعبد لا يثبت في

الذمة إلا في عقود مخصوصة¹، كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد، وفي هذه العقود يجب عبد وسط، فيجب عليه قيمته. (لا ما شاء) يعني: أوجب محمد على المقر ما شاء من قيمة عبد؛ لأنه أقرَّ بضمآن عبد مجملًا، وذا لا يختص بالوسط، فيكون البيان إليه. ولو أتى بعبد وسط يجبر على القبول.

(أو بمالٍ رجوع إلى بيانه) فيقبل قوله وإن ذكر قليلاً. وقيل: لا يصدق في أقل من درهم؛ لأنه لا يعد في العرف مالاً.

(أو بمالٍ عظيم؛ لم يصدق في أقل من مائتي درهم) أو من عشرين ديناراً؛ لأن المال العظيم هو النصاب؛ لكون صاحبه

عظيمًا عند الناس. (والعشرة رواية) أي: روي عن أبي حنيفة أنه إذا أقرَّ بمالٍ عظيم يصدق في عشرة دراهم؛ لأنه نصاب عظيم؛ لأنه يقطع بسرقتها اليد المحترمة. (أو بدراهم؛ كانت ثلاثة) ولا يصدق في أقل منها؛ لأنها أقل الجمع.

(أو كثيرة) يعني: إن أقرَّ بدراهم كثيرة (فهي عشرة) عند أبي حنيفة؛ لأنها أقصى ما ينتهي إليه اسم الجمع، وبعدها يذكر

بالتركيب، ويقال: أحد عشر. (وقال: نصاب)؛ لأنه كثير، وبه يثبت الغنى.

ولو قال: له علي دراهم مضاعفة؛ يلزمه ستة، ولو قال: أضعاف مضاعفة؛ يلزمه ثمانية عشر. (أو بكذا كذا كانت أحد عشر)؛

لأن كذا كناية عن عدد مجهول، فقد أقرَّ بعددين ليس بينهما حرف عطف، وأقل ذلك من العدد المفسر أحد عشر.

وفي «المحيط»: لو قال: كذا درهمًا فعلية درهمان؛ لأن كذا كناية عن العدد، وأقل العدد اثنان.

(أو بواو) يعني: إذا قال: له علي كذا وكذا؛ (فأحد وعشرين)؛ لأنه ذكر عددتين مبهمين بينهما حرف عطف، وأقل ذلك من

العدد المفسر أحد وعشرون، فيحمل كل منهما على نظيره.

ولو قال: كذا وكذا وكذا؛ يلزمه² مائة وأحد وعشرون؛ لأن الواو يوجدان فيهما، ولو ذكر ثلاث أوات يلزمه ألف ومائة وأحد

وعشرون.

(أو بشرك في عبد) يعني: إذا قال: له شرك في هذا العبد (يجعل له) أي: أبو يوسف للمقر له (النصف)؛ لأن الشرك بمعنى

الشركة، وهي تنبئ عن التسوية. (وأمره) محمد (بالبيان)؛ لأن الشرك يجيء بمعنى النصيب، وهو مجمل، فعليه بيانه بما شاء.

(أو بمائة درهم كانت دراهم)؛ لأن قوله: ودرهم بيان للمائة عادة؛ لأن الدرهم يكثر استعماله، واستتقلوا تكراره في كل عدد،

واكتفوا بذكره مرة، وكذا لو قال: له علي مائة وقيض.

¹ د: العقود المخصوصة.

² د: يلزمه.

(أو وثوب) يعني: إذا قال: له عليّ مائة وثوب (فسر المائة) يعني: يلزمه ثوب، وعليه بيان المائة؛ لأن الثوب لم يكن استعماله، ولا يذكر لبيان المائة، فبقي المائة على إبهامها.

(أو بمائة وثلاثة أثواب) يعني: إذا قال: مائة وثلاثة أثواب (كانت أثواباً)؛ لأن الأثواب لم يذكر بحرف العطف، فانصرف إليهما؛ لاستوائهما في الحاجة إلى التفسير.

(أو بالغضب) يعني: إن قال: غضبتُ هذا الشيء (من هذا أو هذا، فادعياه) أي: ادعى كل واحدٍ منهما المغضوب لنفسه، فأنكر المقرّ، (واستحلفاه) أي: طلبا حلف المقرّ، فإن نكل لهما جميعاً؛ قضى بالشيء بينهما وبقيمته أيضاً بينهما، وإن نكل لأحدهما لا يؤمر بالتسليم إليه ما لم يحلفه الآخر، فإن حلف لأحدهما ونكل للآخر؛ قضى به للذي نكل له، فإن حلف لهما؛ فلا شيء عليه. من «الحقائق»¹.

(وأراد أن يقتسماه) أي: المغضوب بعد الحلف لهما² (بينهما بالصلح يطله) أي: أبو يوسف ذلك الصلح؛ لأنهما كانا مختارين بين أن يصلحا أو يحلفاه، فلما اختارا تحليفه أبطلا حقهما في الصلح، كما لو اختارا الصلح لم يكن لهما التحليف. (وخالفه) أي: قال محمد: لا يبطل الصلح؛ لأنه لما أقر لأحدهما بلا تعيين؛ فقد أثبت لهما حق الاصطلاح، وحلفه لا يبطل إقراره لأحدهما، فبقي لهما هذا الحق.

(أو لفلان) أي: إن قال: هذا الشيء لفلان، (بل أودعنيه فلان؛ كان) المقرّ به (للاول) بالاتفاق، (ولا يضمنه إن سلمه إليه بقضاء) يعني: قال أبو يوسف: لا يضمن المقرّ للمقرّ له الثاني إن سلم المقرّ به إلى الأول بقضاء القاضي. (وخالفه) أي: قال محمد: يضمن.

قيد بقوله: «بقضاء»؛ لأنه لو سلمه إليه بغير قضاء؛ يضمن للثاني اتفاقاً.

وفي «الحقائق»: الخلاف في الإقرار المقيّد بالوديعة والعارية؛ إذ في الإقرار المطلق بأن قال: هذا لفلان بل لفلان، ودفع إلى الأول بقضاء؛ لا يضمن للثاني اتفاقاً، وفي الإقرار المقيّد بالغضب بأن قال: غضبت من فلان، لا بل من فلان؛ يضمن قيمته للثاني اتفاقاً، دفع بقضاء أو بغير قضاء.

لمحمد: إنّه لما أقر لفلان الثاني كان متلفاً حقه بدفعه إلى الأول، فيضمن.

ولأبي يوسف: إنّه لما أقر بالوديعة للثاني كان مأذوناً في القبض، ودفعه إلى الأول كان بأمر القاضي، وهو مضطرّ فيه، فلا يضمن.

(أو لفلان وإلا لآخر) يعني: إن قال: لزيد عليّ ألف وإلا ل بكر، (يبطله) أي: أبو يوسف هذا الإقرار؛ لأن مثل هذا التركيب يستعمل للتشكيك، فلا يلزم لكليهما شيء. (وحكم به) أي: محمّد بالمال (للاول) ولا شيء للثاني؛ لأن مثل هذا التركيب يُستعمل للتأكيد، يقال: إن فعلت كذا وإلا فعليّ حجة، يريد به تأكيد الشرك لا التشكيك بين وجوده ووجوب الحجة.

ولو قال: لفلان عليّ مائة درهم وإلا لفلان عليّ دينار؛ فعلى هذا الخلاف.

ولو قال: لفلان عليّ مائة درهم وإلا لفلان عليّ دينار؛ لزومه الدرهم اتفاقاً. كذا في «المحيط».

(ومن قال): لفلان (عليّ أو قبلي؛ فقد أقرّ بدين)؛ لأن كلمة «عليّ» يستعمل للإيجاب، ولفظ «قبلي» بكسر القاف وفتح الباء يُستعمل في الضمان. (أو عندي) أي: من قال: له عندي ألف (ونحوه) مما يستعمل في الأمانة، كلفظ: في بيتي ومعني، (فبأمانة) أي: فقد أقرّ بكونها أمانةً.

(ولو قال: لي عليك ألف، فقال) المخاطب: (اتزنها، أو انتقدها، أو أجلني بها، أو قضيتكها، فقد أقرّ بها)؛ لأن الضمير في «اتزنها» راجع إلى الألف، أنّها باعتبار الدرهم، فكأنه قال: اتزن الألف التي لك عليّ، حتى لو قال: اتزن بلا ضمير لا يكون إقراراً؛ لأن الاتزان يحتمل أن يكون مصروفاً إلى الألف وإلى غيره، فلا يكون إقراراً بالشلح.

وفي «الخلاصة»: إذا تصادقا على أنّه قال: اتزنها على وجه السخرية لا يكون إقراراً.

وطلب التأجيل ودعوى القضاء كل منهما يدل على سبق الوجوب.

¹ د: فإن نكل لأحدهما قضى به له، وإن نكل لهما معاً أو متعاقباً يقضى بقيمة العبد لهما، وإن استحلفاه فحلف.

² د - بعد الحلف لهما.

ولو قال: لا تخبر فلاناً أنّ له عليّ ألف درهم، الصحيح: أنّه لا يكون إقراراً. ولو اشترى أمةً، فلما كشفت وجهها قال: هي جاريّتي؛ لا يسمع دعواه في الأصحّ؛ لأنّ شراءها إقرارٌ منه بأنّها للبايع، وكذا الاستيداع ونحوه.

(أو يدين مؤجلاً، فكذب في التأجيل) أي: كذبه المقرّ له في كونه مؤجلاً (كان حالاً) أي: الدين؛ لأنّه أقرّ به، ودعى حقاً زائداً عليه، وهو الأجل. (ويستحلف المقرّ له على الأجل) أي: على نفيه؛ لأنّه ينكر ما ادعاه المقرّ من حقّ الأجل.

(وتعدّد المشهد) بضم الميم: موضع الإشهاد (والشاهدين العدلين) يعني: إقراره في مجلسٍ بمالٍ عند شاهدين، وإقراره في مجلسٍ آخر به عند شاهدين عدلين آخرين (ملزم للمالين) عند أبي حنيفة، تساوى المالان أو تفاوتتا. وقالوا: عليه مالٌ واحدٌ، (وألزماه بالأكثر) أي: بأكثر المالين (إن تفاوتتا) هذا إذا لم يبيّن السبب، فإن بيّنه متّحداً، بأن قال في المرتين: له عليّ مائةٌ من ثمن هذا العبد؛ يلزمه مالٌ واحدٌ اتفاقاً، وإن بيّن في كلّ مرة سبباً مختلفاً؛ يلزمه المالان اتفاقاً.

قيّد بتعدّد المشهد والشاهدين؛ لأنّه إذا اتّحد أحدهما أو كلاهما يلزمه مالٌ واحدٌ اتفاقاً. وقيّد بالشاهدين؛ لأنّه لو أشهد شاهداً في موضعٍ على إقراره، وشاهداً آخر في موضعٍ آخر؛ يلزمه مالٌ واحدٌ اتفاقاً. وفي «الخلاصة»: لو أقرّ بألفٍ عند القاضي، وأقرّ في مجلسٍ آخر بألفٍ، وأشهد عليه شاهدين، أو فعل بالعكس؛ يلزمه مالٌ واحدٌ اتفاقاً.

لهما: إنّ الإقرار إخبارٌ يحتمل الصدق والكذب والغلط، فإذا تساوى المالان يحمل على تأكيد جانب الصدق، وإذا اختلفا يحمل على تدارك الغلط، لكنّه إذا ذكر أكثر المالين أوّلاً لا يُسمع تداركه؛ لثبوت التخفيف فيه، وهو قد يتكرّر تأكيداً لجانب الصدق، فيحمل الثاني على الأوّل.

وله: إنّهما إقراران مختلفان بالمجلس والإشهاد، فالظاهر أنّ الثاني غير الأوّل؛ لأنّ المال قد يجب وقتاً بعد وقتٍ. (وقوله: عليّ أو علي) هذا (الجدار ملزم) عليه ما أقرّ به عند أبي حنيفة. وقالوا: لا شيء عليه؛ لأنّه تردّد في الوجوب بإدخال كلمة «أو»، فلا يجب عليه شيءٌ بالشك.

وله: إنّهُ أضاف الوجوب إلى ما يصلح وإلى ما لا يصلح، فيثبت الوجوب فيما يصلح، كما لو أوصى بثلث ماله لحيٍّ وميتٍ، فإنّه للحيّ، وكلمة الشكّ دخلت فيما وجب عليه، لا في الوجوب.

(ويلزمه بقوله: عليّ في علمي) يعني: إذا قال: له عليّ مائةٌ في علمي؛ يلزمه ما أقرّ به عند أبي يوسف. وقالوا: لا يلزمه شيءٌ. قيّد بقوله: «في علمي»؛ لأنّه لو قال: في ظني؛ لا يلزمه شيءٌ اتفاقاً، ولو قال: قد علمت؛ يلزمه اتفاقاً. له: إنّ قوله: «في علمي»؛ يذكر للتأكيد، فصار كما لو قال: قد علمت.

ولهما: إنّ هذه الكلمة يذكر للتشكيك¹ عرفاً، ولهذا لو قال الشاهد: أشهد على هذا في علمي؛ لا تقبل شهادته، بخلاف قوله: قد علمت؛ لأنّه للتحقيق دون الشكّ.

(وألزماه ألفين بقوله): فلان عليّ (ألف بل ألفان، لا بثلاثين) يعني: قال زفر: يلزمه ثلاثون² آلاف؛ لأنّه أقرّ بألفٍ، فصحّ، ثم رجع عنه بلفظ «بل»؛ لأنّه يذكر للإعراض عمّا قبله، فأقرّ بألفين، فصحّ إقراره الثاني، فبطل رجوعه عن الأوّل، كما لو قال: أنت طالقٌ واحدةٌ بل ثنتين، فيلزمه ثلاثون ألفاً.

ولنا: إنّ الإقرار إخبارٌ يجري فيه الغلط، فيذكر «بل» لإثبات ما بعده والإعراض عمّا قبله، كما يقال: سني ستون بل سبعون، بخلاف الطلاق؛ لأنّه إنشاءٌ لا يرتفع بعد وقوعه، وبخلاف ما قال: له عليّ مائةٌ درهمٍ بل ألفٌ دينارٍ حيث يلزمه كلاهما؛ لأنّ المذكور ثانياً لم يتضمّن الأوّل، فلم يمكن حمله على الاستدراك بإعادة الأوّل والزيادة عليه.

(وبالكل) أي: ألزمتنا المقرّ كلّ الألف (بقوله: غصبناه ألفاً) أي: غصبنا من فلان ألف درهم، (وكنا عشرةً، والطالب) أي: والحال أنّ المغصوب منه (يعينّه) أي: يدعي أنّ غاصب الألف هو وحده. (لا بالعشر) يعني: قال زفر: يلزمه عشرٌ آلاف. وعلى هذا لو قال: أقرضنا؛ لأنّه أضاف الإقرار إلى نفسه وإلى غيره، فيلزمه بحصّته، كما إذا قال: غصبناه كلنا.

ولنا: إنّ هذا الضمير يستعمل في الواحد، كما قال تعالى: ﴿إِنَّا أَرْسَلْنَا﴾ [هود، 70/11؛ الحجر، 58/15؛ مريم، 83/19؛ الذاريات، 32/51؛ القمر، 19/54، 31، 34؛ نوح، 1/71؛ المزمل، 15/73]، فيحمل عليه؛ لأنّ الظاهر أنّ الإنسان يخبر عن

¹ د: للشك.

² ح: ثلاث.

فعل نفسه دون غيره، فيكون إقراراً على نفسه، فيكون قوله: كنا عشرةً رجوعاً عنه، فلا يُسمع، بخلاف قوله: غضبنا كلنا؛ لأنه لا يُستعمل في الواحد.

(ولو قال: أوصى أبي يزيد بالثلث) أي: بثلث ماله (بل لعمرو، بل ليكر؛ أهدرنا الآخرين) يعني: يكون الثلث لزيد، وليس للأخيرين شيء. (لا الوارث) بالنصب، يعني: قال زفر: لكلٍ منهم ثلث المال، وليس للابن شيء؛ لأن إقراره للأول صح، ولم يصح رجوعه عنه بكلمة «بل»، وصح إقراره للثاني والثالث أيضاً، فاستحقا الثلثين كما لو أقر هكذا بالدين.

ولنا: إن الوصية إنما تنفذ من الثلث، ولما أقر به للأول استحقه، ولم يصح إقراره للثاني والثالث؛ لأنه لا تقي حق الأول، فبطل، بخلاف الدين؛ لأنه مقدّم على الوصية، ونفاذه من جميع التركة.

(ونلزم الوارث المقر على مورثه بدين) يدعيه رجل على مورثه (مع جحد الباقي) من الورثة ثبوت الدين عليه (بكله) أي: نلزمه بكل الدين، (لا بنصيبه) أي: قال الشافعي: يلزمه قدر حصته من الدين؛ لأنه أقر به في كل التركة، وفي يده بعضها، فعليه أن يؤدي منه ما يصيبه من التركة، إن كان نصيبه نصفاً يؤدي نصف الدين، وإن كان ثلثاً فثلثه.

ولنا: إنه أقر بالدين، وهو مقدّم على الإرث، فما لم يُقض جميع الدين مما في يده لا يكون له شيء من الميراث، فيلزمه كل ما أقر به إن كان ما في يده وافياً به.

(ولو أقر بتمر) أي: بغصب تمر (في قوصرة) وهي بتشديد الراء: وعاء التمر يُتخذ من قصب، وفي «المغرب»: إنما يسمى بها ما دام فيه تمر، وإلا يقال له: زنبيل. (أو بغصب ثوب في مندبل؛ لزماه) أي: لزومه الظرف والمظروف؛ لأنه أقر بغصب شيء موصوف بالمظروفية، وذا لا يتحقق بدون غصب الظرف. هذا إذا صلح الثاني للظرفية، وإذا لم يصلح، كما إذا قال: غصبت درهماً في درهم؛ لم يلزمه الثاني، بخلاف ما لو قال: غصبت تمرًا من قوصرة؛ لأنه يكون إقراراً بغصب المنزوع منها.

(أو بدابة في إصطبل لزمته خاصة)؛ لأن الإصطبل عقار لا يتحقق فيها¹ الغضب عندهما، وعند محمد: يتحقق الغضب فيها، فلزمته جميعاً. كذا في «التبيين».

أقول: على هذا كان ينبغي أن يقول: أو بدابة في إصطبل لزمه بهما، وهما بدابة خاصة، وإن ادعى أن محمداً خالف أصله ووافقهما في هذه المسألة؛ فعليه الإثبات ووجه العدول عن أصله.

(أو بثوب في عشرة) يعني: لو أقر بغصب ثوب في عشرة أثواب (يلزمه به) أي: أبو يوسف المقر بثوب واحد؛ لأن الثوب الواحد لا يسان في عشرة أثواب عادة، فيحمل على بيان محله، كما لو قال: غصبت إكافاً على حمار. (لا بأحد عشر) يعني: عند محمد يلزمه أحد عشر ثوباً؛ لأن العشرة قد يكون وعاءً للثوب النفيس، فصار كقوله: حنطة في جوالق.

وفي «التبيين»: ما قاله محمداً منقوض بما إذا قال: غصبت كرباساً في عشرة أثواب حرير؛ يلزمه الكلّ عنده مع أنه ممتنع عرفاً. ولو قال: غصبت ثوباً في ثوب؛ لزماه اتفاقاً. من «الحقائق».

(أو بخمسة في خمسة بمعنى مع) يعني: لو قال: له عليّ خمسة في خمسة، وعنى به: مع خمسة، (لزمته عشرة)؛ لأن «في» تعني «مع»، كما قال تعالى: ﴿فَادْخُلِي فِي عِبَادِي﴾ [الفجر، 29/89] أي: معهم. (وإن أراد) بما قاله (الحساب؛ ألزمناه بخمسة، لا بخمسة وعشرين) أي: قال زفر: يلزمه خمسة وعشرون؛ لأنه هو الحاصل من ضرب خمسة في خمسة.

ولنا: إن المقر به خمسة مضروبة، والخمسة إذا ضربت بخمسة يكثر² أجزاءها، لا أن عينها يكثر ويبلغ خمسة وعشرين. (أو من درهم إلى عشرة) يعني: لو قال: له عليّ من درهم إلى عشرة، (فهي) أي: ما لزمته من الدراهم (تسعة) عند أبي حنيفة؛ لأن آخر العشرة غاية، والغاية قد تدخل وقد لا تدخل، فلا يثبت بالشك. (وقالوا: عشرة)؛ لأن العشرة مذكورة في الإقرار صريحاً، فلا يسقط جزء مما اشتملت عليه.

(أو بخاتم) أي: لو أقر بخاتم (لزمه الحلقة والفض، أو بسيف؛ فالنصل) أي: لو أقر بسيف، فيلزمه النصل، وهو حديدته، (والجفن) وهو غمده، (والحمائل) وهو جمع الجمالة بكسر الحاء، وهي³ علاقتها. (أو بحجلة) وهي بالتحريك: بيت العروس يزين⁴

1 ح: فيه.

2 د: تكثر.

3 ح: وهو.

4 ح: تزين.

بالتياب والسرر؛ (فالعيدان) أي: فيلزمه العيدان، وهو جمع عودٍ، (والكسوة)؛ لأن اسم كلٍ من هذه الأشياء مشتملٌ على أجزائه المذكورة عرفاً.

(أو بحمل جارية أو شاةٍ صحح)؛ لأن له وجهاً، بأن أوصى رجلٌ بالحمل لآخر، ومات، فأقرَّ وارثه بأن هذا الحمل لفلانٍ، (أو للحمل) بأن قال: لحمل فلانةٍ عليّ ألفٌ درهمٍ، (فإن بين سبباً) صحيحاً (كالوصية) بأن قال: أوصى له فلانٌ ومات، (والإرث) بأن قال: ورث الحملُ من أبيه ألفٌ درهمٍ، فاستهلكتها (صحح) إقراره، ولزمه المأل، ثم إن ولد الحملُ في مدّةٍ يعلم أنه كان قائماً وقت الإقرار؛ يكون المأل له، وإن وُلِدَ ميتاً؛ يرثُ المأل على ورثة الموصي أو المورث، وإن جاءتْ بولدين؛ ففي الوصية يُقسّم المال بينهما على السوية. كذا في «المحيط». وإن بين سبباً فاسداً كما إذا قال: أقرضني حملُ فلانٍ؛ لا يصحّ. فإن قلت: كان ينبغي أن يصحّ إقراره في هذه الصورة؛ لأن هذا البيان رجوعٌ عن إقراره. قلت: هذا ليس برجوعٍ، بل بيانٌ سببٍ محتملٍ؛ لاحتمال أن أحداً من أوليائه أقرضه عنه، فظنَّ أنه صحيحٌ، فأضافه إلى الحمل مجازاً.

(وإن أبهم) أي: لم يبين سبباً (بيطله) أي: أبو يوسف إقراره؛ لأن لجوازه وجهين: الوصية والإرث، ولفساده وجوهاً. (وأجازه) محمداً؛ لأنه يحتمل الجواز والفساد، فيحمل على السبب الصّالح تصحيحاً لكلامه.

(فصل) في الاستثناء وما في معناه

(إذا استثنى) مما أقرّ به (الأكثر أو الأقلّ متصلاً بإقراره؛ صحح) استثناءه، (ولزم الباقي) من المستثنى؛ لأن استثناء البعض من الكلِّ قلٌّ أو أكثر صحيحٌ، فيعتبر إن اتّصل بإقراره؛ لأنه بيانٌ تغييرٍ، ولو انفصل عنه؛ يكون رجوعاً عن إقراره بعد صحّته، وذا لا يجوز. (فإن استثنى الكلّ) كما إذا قال: له عليّ قفيزٌ برّ إلا قفيزٌ برّ (بطل الاستثناء) وإن ذكره موصولاً؛ لأنه لا يكون بياناً لكلامه، بل يكون رجوعاً عن إقراره، وذا غير جائزٍ.

وفي زيادات صاحب «الهداية»: إن استثناء الكل من الكلِّ إنّما يبطل إذا كان بعين لفظ المستثنى منه، وأمّا إذا كان بغيره؛ فصحيحٌ، كما لو قال: ثلثُ مالي لزيدٍ إلا ألفاً، وثلثُ ماله ألفٌ، فيصحّ الاستثناء، ولا يكون لزيدٍ شيءٌ، وكما لو قال: نسائي طوالقٌ إلا هذه الأربع؛ صحّ استثناءه، ولا يقع الطلاق، ولو قال: نسائي طوالقٌ إلا نسائي لم يصحّ.

(ولو قال: إن شاء الله متصلاً) بإقراره (بطل الإقرار) وكذا الحكم في كلِّ إقرارٍ عُلق بشرطٍ، نحو: له عليّ ألفٌ إن دخلت الدار؛ لأن اللزوم حكم المنجز لا حكم المعلق، ولا يمكن جعله إقراراً عند وجود الشرط؛ لأنه ليس بموجودٍ في تلك الحالة، بخلاف تعليق الطلاق والعناق؛ لأنه موجودٌ من حيث إنّه يمينٌ، وله حكمٌ في الحال، وهو الحملُ أو المنعُ، فأبقينا، فوقع عند مجيء الشرط. كذا في «الغاية».

ولو قال: له عليّ مائة درهمٍ إذا متُّ أو جاء رأسُ الشهر؛ صحّ؛ لأنه تأجيلٌ لا تعليقٌ، حتى لو أنكر المقرّ له الأجل يكون المال حالاً.

(ولو كتب) لفظاً: إن شاء الله (في آخر الصلِّ) أي: آخر الكتاب الذي كتب فيه: أقرّ فلانٌ أنّ فلانٍ عليّ كذا درهمًا مؤجلاً إلى سنة، وكتب في أسفله: ومن قام بهذا الذكر فهو وليُّ ما فيه إن شاء الله، أي: من أخرج هذا الصلِّ وطلب ما فيه من الحقّ، فله ذلك، وهو وكيلٌ فيه، (فكلّه) أي: كل الصلِّ (باطل) عند أبي حنيفة؛ لأن ما في الصلِّ متصلٌ ببعضه ببعضٍ، فصار كشيءٍ واحدٍ، فيصرف الاستثناء إلى الكلِّ، فيبطل إقراره، حتى قالوا: لو ترك فرجةً في الصلِّ لا يلتحق الاستثناء بالكلِّ، فيصير كالفصل بالسكوت في النطق. كذا في «المصنف». (وأعاداه) أي: صرفاً لفظاً إن شاء الله (إلى ما يليه) من الكلام؛ لأن الأصل في الكلام الاستبداد، وظاهرٌ أنّه لم يرِدْ به الإلحاق بالكلِّ؛ لأن الصلِّ يكتب للاستيناق، فيصرف إلى ما يليه.

فإن قلت: ما فائدة هذا الكلام في الصلِّ؟

قلت: بيانٌ أنّ المقرّ راضٍ لمن يوكله المقرّ له بالخصومة معه في قدر الدين أو أجله، فإنّ التوكيل بغير رضا الخصم غير جائزٍ عند أبي حنيفة، وإنّما صحّ الرضاء بتوكيل مجهولٍ؛ لأنه تضمّن إسقاط حقّه في دفع الوكيل كما جاز إسقاط الأجل مع الجهالة.

(وأبطل) محمداً (استثناء قفيزٍ ودينارٍ من دراهم) كما إذا قال: له عليّ عشرة دراهمٍ إلا قفيزاً أو ديناراً¹؛ لأن الدرهم لم يتناول المستثنى، فلم يصحّ إخراجه منها، كما لم يصح استثناء الثياب. (وصحّحاه بالقيمة) أي: جعلاً قدر قيمة المستثنى خارجاً مما قبله، وإن

¹ د: وديناراً.

كان مساويًا له تصحيحًا لكلامه فيما إذا كان المستثنى من المثليات أو العدييات المتقاربة؛ لأنها تجانس المستثنى منه معنىً، وهو صلاحيةً وجوبها في الذمة، بخلاف الثياب، فإنها لا تثبت في الذمة، فلم تجانسها صورةً ومعنىً، فبطل.

(ونبطل استثناء ثوب وشاة) من الدراهم؛ لأن كلاً منهما غير مجانيٍّ للمستثنى منه كما مرَّ بيانه. وقال الشافعي: يصحُّ باعتبار أنه يجانسُ المستثنى منه في المالية.

(ولو قال): لفلانٍ (عليّ كُرْ حنطةٍ وكُرْ شعيرٍ إلا كُرْ حنطةٍ وقفيزٍ شعيرٍ؛ فالاستثناء) أي: استثناء كُرْ وقفيزٍ (باطلٌ) عند أبي حنيفة. (وأجازاه في القفيز).

قيد به؛ لأن الاستثناء في الكُرْ باطلٌ اتفاقاً؛ لأنه استثناء الكلِّ من الكلِّ.

أقول: على هذا لو قال: فاستثناء قفيزٍ باطلٌ؛ لكان أحصرَ، ولو احتجَّ إلى إرداف قولهما.

الكُرْ: اسمٌ لأربعين قفيزًا، والقفيزُ: ثمانية مكايك، والمكوكُ: صاعٌ ونصف.

قيد بتقديم الكُرْ؛ لأنه لو قدّم القفيزُ بأن قال: إلا قفيزٍ شعيرٍ وكُرْ حنطةٍ؛ يصحُّ استثناء القفيزِ اتفاقاً؛ لعدم الفاصل.

لهما: إنَّ قوله: إلا كُرْ حنطةٍ لا يكون فاصلاً بين استثناء القفيزِ والإقرار؛ لأنه استثناء لفظاً، فصار كما لو قال: لفلانٍ عليّ ألف يا فلانٍ إلا مائة.

وله: إنَّه فاصلٌ؛ لأنه كلامٌ لغوٌ، فصار كالكسوت بينهما، بخلاف النداء؛ لأنه يفيد التنبية، فيليق بالإقرار.

(ويصح الإقرار بالعروة) واستثناء البناء، كما إذا قال: عرصةُ هذه الدار لفلانٍ وبنائها لي؛ لأن العرصةَ اسمٌ للبقعة الواسعة بين الدور بلا بناء.

قيد بالعروة؛ لأنه لو قال مكانها: الأرض، كما إذا قال: أرضُ هذه الدار لفلانٍ وبنائها لي؛ يبطل استثناءه؛ لأن الأرضَ أصلٌ، والبناءُ تبعٌ، فيكون الإقرار بالأصل إقراراً بالتبع. وأمّا لو قال: بناءُ هذه الدار لزيدٍ وأرضها لعمرو؛ فيكون لكلٍّ منهما ما أقرَّ به؛ لأن البناءَ لمّا صار ملكاً لزيدٍ بإقراره، فلا يخرج عن ملكه بإقراره لعمرو.

(ويبطل استثناء البناء من الدار) كما إذا قال: هذه الدار لفلانٍ وبنائها لي؛ لأن البناءَ تابعٌ للدار ووصفٌ لها؛ إذ الأصلُ فيها أرضها، والبناءُ للقرار عليها، ولهذا يقال: دارٌ معمورةٌ وغيرُ معمورةٍ، فيدخل البناءُ في إقراره بالدار، فلا يصحُّ استثناءه. والطوقُ في الجارية، والفضُّ في الخاتم، والنخلةُ في البستان نظيرُ البناء في الدار.

(ولو قال: له عليّ ألفٌ من ثمن عبدٍ) اشتريته منه (لم أقبضه، فإن عينه) أي: إن ذكر عبدًا بعينه، وصدّقه المقرُّ له في شراؤه وعدم قبضه، (سَلِّم) المقرُّ الثمنَ إلى المقرِّ له، (وتسَلِّم) أي: أخذ العبد منه اتفاقاً؛ لأن ما ثبت بتصادقهما صار كالثابت عياناً.

قيدنا بتصديقه؛ لأنه إن كدّبه في شراؤه المعين، وقال: هذا لي ما بعته؛ لا يلزم المقرُّ شيءً، أو قال: هذا لك وإنما بعتهك عبدًا غيره؛ لزم المألُّ على المقرِّ لسلامة العبد له بإقرار ذي اليد، فلا يُعتبرُ الاختلافُ في السبب بعد اتفاقهما على وجوب أصل المال. وإن قال: هذا لي إنما بعتهك غيره؛ يتحالفان؛ لأن كلاً منهما مدعٍ ومنكّرٍ، وإذا تحالفا بطل المألُّ.

(وإلا) أي: إن لم يعين عبدًا، ولم يصدِّقه المقرُّ له في عدم قبضه؛ (فعليه الألفُ، ولا يصدِّقُ) المقرُّ (في عدم القبض مطلقاً)

وصل كلامه أو فصل عند أبي حنيفة. (وصدقاه إن وصل) ولم يلزمه شيئاً.

أقول: لا يصدِّقُ منفيٌّ مجهولٌ، فلا يدلُّ على الخلاف، مع أنَّ المصنّفَ أردف قولهما عنه، فعلى هذا كان المناسبُ لإيجاز كلامه أن يقول: فهو لا يصدِّقُ، ولم يحتجَّ إلى قوله: «فعليه الألفُ»؛ لأنه إذا لم يصدِّق في قوله: لم أقبضه؛ يعلم لزوم الألف عليه، أو يقول: فعليه الألفُ مطلقاً، ولم يلزمه إن وصل، ولم يحتجَّ إلى قوله: «ولا يصدِّقُ»؛ لأن الألفَ إذا لزم عليه يعرفُ أنه غيرُ مصدِّقٍ في عدم قبضه.

قيد وضع المسألة فيما سبق بإقرار وجوب الثمن؛ لأنه إذا لم يقرَّ به، وقال: اشتريتُ مبيعًا من فلانٍ إلا أني لم أقبضه؛ كان القولُ قوله اتفاقاً؛ لأنه أقرَّ بوجود الشراء، وبه لا يجب الثمنُ؛ لاحتمال أن يشترى بشرط الخيار، فلا يجب عليه الثمنُ إلا بالقبض.

لهما: إنَّ المألُّ لزمه في الحال بإقراره، وقوله: لم أقبضه بيانٌ معيّرٌ لكلامه، فيصحُّ موصولاً لا مفصولاً.

وله: إنَّ الثمنَ في غير المعين لا يجب عليه إلا بعد قبض المبيع؛ لأن البائع متى أتى بعبدٍ؛ فللمشتري أن يقول: المبيعُ غير

هذا، فلا يلزمه المألُّ، فيكون إقراره بلزوم المال في غير المعين إقرارًا بالقبض، وإنكاره القبض يكون رجوعًا عنه، فلا يصحُّ مطلقاً.

(أو من ثمن خمرٍ لعا وعليه الألف) يعني: إذا قال: له علي ألف من ثمن خمرٍ؛ يلزمه الألف عند أبي حنيفة، ولم يقبل تفسيره وصل أو فصل؛ لأن ثمنه لا يجب على المسلم، فيكون رجوعاً عن إقراره. وقالوا: إذا وصل صدق، ولم يلزمه شيء؛ لأنه يبين بآخر كلامه أنه لم يُرد به الإيجاب، وهو بيان مغيب، فيقبل إذا وصل.

لم يردف المصنّف قولهما؛ لانفهامه مما سبق أنّ عدم لزوم الألف ليس على الإطلاق؛ بل إذا وصل.

(أو من ثمن متاع) يعني: لو قال: له علي ألف من ثمن متاع، (أو قرض، وهي زيوف) وهي ما ردّها بيت المال، ولكنها تروخ بين التجار، (أو نهرجة) وهي التي يردها التجار ولا يردها غيرهم، (أو ستوقه) وهي التي يكون اثنان منها فضةً وواحد نحاساً، قيل: أخذها العرب من سه تا، (أو رصاص أو) قال: (إلا أنّها زيوف) أو نهرجة أو نحوهما، وقال المقر له: هي جيد، (فالجياذ لازمة) عند أبي حنيفة وصل أو فصل. (وصدقاه إن وصل).

قيّد بقوله: «من ثمن متاع»؛ لأنه لو قال: من غصب أو وديعه وهي زيوف أو نهرجة صدق وإن فصل اتفاقاً، ولو قال: وهي ستوقه أو رصاص لا يصدق إذا فصل اتفاقاً، وإن لم يذكر السبب، وقال: له علي ألف درهم زيوف، قيل: يصدق اتفاقاً إذا وصل؛ لأنه لم يصرح بالعقد، واستحقاق الجودة كان به. وقيل: لا يصدق أيضاً عند أبي حنيفة؛ لأن مطلق الإقرار ينصرف إلى العقود؛ إذ هي مشروعة، لا إلى الاستهلاك أو الغصب المحرم.

لهما: إن الدراهم عند إطلاقها ينصرف إلى الجياذ لوقوع التعامل بها، ويكون هذا بيان تغيير، فيصح موصولاً.

وله: إن العقد يقتضي سلامة الثمن، فمطلق الدراهم لم يتناول الزيوف وأخواتها؛ لأنها معيبة، ودعواها يكون رجوعاً عن مقتضى ما أقر به، فلا يصدق وإن وصل.

(أو بغصب ثوب، وجاء به معيباً؛ كان القول له)؛ لأنه هو القابض، والغصب لا يقتضي سلامة المغصوب.

(ويلزمه) أي: أبو يوسف ما أقر به (بقوله: دفع) فلان (إلي ألفاً، فلم أقبض متصلاً) أي: حال اتصال قوله: لم أقبضما قبله. (وخالفه) محمد؛ لأن الدفع كما يستعمل في الإقباض؛ يستعمل في التخلية، فيصدق في قوله: لم أقبض، كما يصدق فيما إذا قال: أقرضني أو أعطاني أو أودعني، فلم أقبض. ولأبي يوسف: إن الدفع فعل يتم بالقبض والقابض، فيكون قوله: لم أقبض رجوعاً عنه، فلا يسمع، بخلاف الإقراض وأخواته؛ لأنها لا يقتضي القبض.

(ولو أقر له بزيوف) أي: بمائة زيوف، (فقال) المقر له: (بل هي جيد، أو) أقر بألف (من ثمن عبد، فقال) المقر له: (بل) من ثمن (جارية، أو قرض) أي: من قرض، (أو لك) أي: قال المقر: لك علي ألف، (فقال) المقر له: (بل لفلان؛ حكمنا بإقراره، لا ببطالانه) يعني: قال زفر: يبطل إقراره بتكذيب المقر له.

ولنا: إن التكذيب حصل في الوصف، ولا يلزم من بطلان الوصف بطلان الأصل، وفي صورة تكذيب المقر له أنّ الألف له يأخذها ويدفعها إلى فلان.

(ولو قال هو لك ابتعته منك متصلاً) قوله: ابتعته بما قبله، (وبرهن) أي: أقام البينة على شرائه منه، (قبلناه) أي: قبلنا برهانه وقضينا به. وقال زفر: لا يُقبل؛ لأنه أقر له بالملك في الحال، ثم ادّعى الشراء منه قبله، وهو تناقض.

ولنا: إن الكلام يتوقف على آخره إذا كان فيه ما يغير أوله، ويحمل قوله: هو لك علي أنه كان لك تحريماً للصحة، إلا أنه خلاف الظاهر، فلا يصدق فيه إلا بالبينة.

(فصل)

(ولو ادّعى التركة ديناً) أي: قال هذه التركة لي؛ لأن لي ديناً على مورثك، (وآخر وديعه) أي: ادّعى آخر أن هذه التركة لي وديعه عند مورثك، (فصدّقهما الوارث؛ فهما يقتسمانها) عند أبي حنيفة، فيكون التركة بينهما نصفين. (ورجحا الوديعه) أي: قال: صاحب الوديعه أحق بالتركة؛ لأن حقه ثبت في عينها، والدين ثبت في ذمة الميت، ثم ينتقل إلى تركته، فيكون صاحب الوديعه أحق، كما لو كان المورث حياً وصدّقهما.

وله: إن ذمة الميت خربت، فتعلق الدين والوديعه إلى التركة بإقرار الوارث، فيقتسمان، بخلاف المورث؛ لأن له ذمة.

(ولو ترك عبداً قيمته ألف يدعي إعتاقاً) أي: يقول العبد للوارث: أعتقني مورثك في الصحة، (وآخر ديناً مستغرفاً) للتركة، أي: يدعي رجل آخر بأن له على مورثه ألف درهم، فصدّقهما الوارث، (فالدين أولى) عند أبي حنيفة، (والعبد يسعي) في قيمته، فيصرف

في الدين. (وأسقطاه) أي: الدين، (وأطلقاه) أي: الإعتاق، يعني: قالوا: يعتق العبد ولا يسعى، ولا شيء لصاحب الدين؛ لأن العتق والدينَ ظهرا يقرر الوارث، فصار كما لو وُجدا معاً في الصحة، والعتق في الصحة لا يوجب السعاية وإن كان المولى مديوناً. وله: إن الإقرارَ بالدين يُعتبرُ في المرض من جميع المال، والإقرارُ بالعتق يُعتبرُ من الثلث، فالأقوى يدفع الأذني، إلا أنَّ العتق لَمَّا لم يحتمل الدفع صورةً؛ دُفِعَ معنىً بإيجاب السعاية.

(أو قال: أسكنته داري، ثم أخذتها، أو وضعتُ ثوبي عنده، ثم أخذته منه) فأنكر المقر له ذلك، (فقال: بل هما) أي: الدار والثوب (لي؛ فالقول للمقر) عند أبي حنيفة. (وقال: له) أي: القول للمقر له.

وفي «النهاية» هذا إذا كان الدارُ أو الثوبُ غيرَ معروفةٍ للمقر، ولو كانت¹ معروفةً له؛ فالقولُ قوله اتفاقاً.

فإن قلت: كيف سمَّاه مقراً مع أنه يدعي الملك، والمقرُّ من يدعي على نفسه لغيره؟

قلت: لأنَّه أقرَّ باليد عنده، وبالمملك عندهما.

(وعلى هذا) الخلاف (الإجارةُ والعاريةُ) كما إذا قال: خاط ثوبي فلانٌ بدرهم، ثم أخذته منه أو أعرته إياه، ثم قبضته، فقال فلانٌ: الثوبُ لي.

لهما: إنَّه أقرَّ بالمملك له؛ لأنَّ اليدَ دليلُ الملك، ثم ادَّعى عليه الاستحقاق، وفلانٌ ينكره، والقولُ قولُ المنكر، كما لو قال له: هذه الألفُ كانت وديعةً لي عندي، فأخذتها، فقال فلانٌ: بل غصبتها.

وله: إنَّ المقرَّ أقرَّ بيد ثابتةٍ من جهته، فيكون القولُ له في كفيئتها، وأمَّا في مسألة الوديعة؛ فلم يقرَّ بإثبات اليد منه، بل قال: كانت وديعةً لي، وقد تثبت الوديعةُ بلا صنعته، كما إذا هبت الريح وألقتها في داره، حتى لو قال: أودعتها؛ كان على هذا الخلاف.

قال المصنف في «شرحه»: والإشارةُ إلى الإجارة والإعارة من الرِّوَالِدِ.

أقول²: هذا مسلّمٌ في الإجارة؛ لأنَّها غيرُ مذكورةٍ في «المنظومة»، وممنوعٌ في الإعارة؛ لأنَّه دُكِرَ فيها بعد مسألة: أسكنته،

وهكذا كلَّ العواري مجعولة.

(ولو تواضعا) أي: اتَّفقا (سراً على البيع تلجئةً) وهي العقدُ الذي يباشره الإنسانُ عن ضرورةٍ، ويصير كالمدفع إليه، صورتها

في البيع أن يقول الرجلُ لغيره: أبيعُ داري منك بكذا في الظاهر، ولا يكون بيعاً في الحقيقة، ويشهدُ على ذلك، وهي نوعٌ من الهزل. (ثم أطلقاه) أي: قال البائعُ في مجلسٍ آخر: بعته بكذا، وقيل الآخرُ، (واختلفا في البناء والابتداء) أي: قال أحدهما: بنينا على تلك

التلجئة، وقال الآخرُ: ابتدأنا البيع، (فالقولُ لمدعي الجواز) عند أبي حنيفة؛ لأنَّهما اختلفا في صحَّة البيع وفساده، والظاهرُ يشهدُ لمدعي الصحَّة؛ لأنَّ العاقلَ لا يرتكب المحرِّمَ. (وأبطلاه ما لم يتَّفقا على الصحَّة)؛ لأنَّ المواضعةً تثبت³ باتِّفاقهما، فكان الحكمُ لها

ظاهراً ما لم يتَّفقا على الابتداء والإعراض عنها.

قيَّد بالاختلاف فيهما؛ لأنَّهما لو اتَّفقا على الابتداء يصحُّ العقدُ اتفاقاً، ولو اتَّفقا على البناء؛ يفسد العقدُ اتفاقاً، لكنه لا يفيد

المللك وإن اتصل به القبض؛ لأنَّ الرضا بحكم العقد. وهو الملك. كان موجوداً في سائر البيوع الفاسدة، ولم يوجد في التلجئة؛ لأنَّها هزلٌ.

أقول: لقائلٍ أن يقول: ههنا صورةٌ أخرى، وهي أن يتَّفقا على أنه لم يحضرهما شيءٌ من البناء أو الابتداء، فالعقدُ فيها جائزٌ

عنده خلافاً لهما. ثم إن كان غرضُ المصنف بيانَ الخلاف في صورة اختلافهما فقط؛ كان يكفي أن يقول: إذا اختلفا في البناء والابتداء فالعقدُ جائزٌ، ولم يحتج إلى إرداف قولهما؛ لأنَّه في طرف النفي، وإن كان غرضه بيانَ الخلاف في صورتين من الصور الأربع؛ كان

ينبغي أن يبيِّنَ مذهبه في تلك⁴ الصورة التي لم يحضرهما شيءٌ كما بيَّنَ مذهبهما فيها بقوله: «وأبطلاه ما لم يتَّفقا على الصحَّة». ولا يمكن⁵ أن يُكَلِّفَ في جوابه بأنَّ غرضه بيانَ الخلاف في صورتين، لكنَّ حكمُ تلك الصورة كان معلوماً من عبارته؛ لأنَّ ترجيح الإمام

1 ح: كان.

2 د: وأقول.

3 ح: ثبتت.

4 ح - تلك.

5 د: ويمكن.

مدعي الجواز إذا اختلفا يدلُّ على أنَّ الصَّحَّةَ أصلٌ عنده في كلِّ عقدٍ؛ إذ هو الظاهرُ، والمواضعةُ يَنفَسُخُ¹ به ما لم يَتَّفَقَا على الفساد، وهو البناء، فلم يحتجْ إلى تصريح تلك الصُّورة، واكتفى بإرداف قولهما. نعم، لو قال: واختلفا² في البناء والابتداء، أو اتَّفَقَا على أنَّ شيئاً منهما لم يحضرهما؛ فالعقدُ جائزٌ؛ كان أظهرَ وأجملَ وأخصرَ.

(أو على ألفٍ) أي: لو تواضعا على البيع بألفٍ (سرّاً، وألفين جهراً، وعقدًا بهما) أي: بألفين في العلانية، وتصادقا على أن الألف الأخرى هزلٌ، (فالثمنُ هما) أي: ألفان عند أبي حنيفة. (وقالا: هي) أي: ألفٌ.

قيده بأن يكون التواضعُ في قدر الثمن؛ لأنَّه لو كان في جنسه كما إذا تواضعا على البيع بمائة دينارٍ على أن يكون البيعُ بمائة درهمٍ؛ فالثمنُ هو الدينارُ اتِّفَاقاً؛ لأن الثمنَ ما هو مذكورٌ في العقد، والدرهمُ غيرُ مذكورٍ، فلا تكون³ ثمناً. **لهما:** إنَّ الألفَ الزائدةَ هزلٌ، فلا تعتبرُ⁴، كما في النكاح إذا تواضعا سرّاً أن يكون المهرُ ألفاً وعقدًا على ألفين جهراً، فالزائدةُ غيرُ لازمةٍ اتِّفَاقاً.

وله: إنَّ الثمنَ مقصودٌ في البيع حتى لا يصحَّ بدونه، والثمنُ المذكورُ ألفان، فيتعلَّقُ البيعُ بهما، بخلاف النكاح؛ لأن المهرَ تابعٌ فيه حتى يصحَّ بدونه ومع جهالته، فلم يجب⁵ بالهزل؛ إذ لو وجب لزم جعله مقصوداً، وليس كذلك.

(ولو ادَّعى صبيٌّ في يد رجلٍ أنه ابن) رجل (آخر، وأمه أمٌ ولدٌ له، فصَدَّقَه) أي: الرجلُ ذلك الصبيِّ، (وادعاهما ذو اليد) وقال: بل أنت عبدي وأمك أمتي، (فهما له) أي: الصبيُّ مع أمه يكون لذي اليد عند أبي حنيفة. (وجعلا القولُ للصبيِّ)؛ لأنه ادَّعى أنَّه انعلق حرّاً، والأصلُ في بني آدم الحرية، فلم يكن مقرأً بالرقِّ.

وله: إنَّه أقرَّ بالرقِّ حيثُ أقرَّ برقِّ أمِّه؛ لأن الولدَ يتبعُ الأمَّ في الرقية، ودعواه أنَّه حر بعد إقراره يكون دعوى حرية عارضيةً ينكرها ذو اليد، فيكون القولُ له.

(ويجعلها لها) أي: أبو يوسف القولُ لأمِّه في يد رجلٍ (لو ادَّعت أموميَّةٌ ولدَ فلانٍ) أو كونها مدبِّرتَه، أو معتقته، (فصَدَّقَها) فلانٌ، (وكذبها ذو اليد) وقال: بل أنت أمتي. وقال: القولُ لذي اليد.

له: إنَّها ادَّعت العناقَ أو شعبةً من شعبه، فصارت كأنَّه ادَّعت حرية الأصل، فيكون القولُ لها. **ولهما:** إنَّها في يد ذي اليد حقيقةً، فقصدتُ أن تخرجَ نفسها من يده، وثبتت كسبها لغيره، فلا تصدِّقُ؛ لأن الأصلُ أن يكون الأملاكُ في يد الملاك.

(ولو أقرَّتْ بنكاحٍ لرجلٍ، فماتت، فصَدَّقَها؛ فهو) أي: إقرارها (باطلٌ) عند أبي حنيفة. وقال: جائزٌ.

قيَّد بإقرار المرأة؛ لأن المقرَّ لو كان رجلاً، فصدقته بعد موته؛ صحَّ إقراره اتِّفَاقاً، فلها الميراثُ والمهرُ. وقَيَّد بتصديق الزوج بعد موتها؛ لأنَّه لو صدَّقها في حال حياتها يثبت النكاحُ اتِّفَاقاً.

لهما: إنَّ الإقرارَ بالنكاح لا يبطل بالموت؛ لِمَا سبق أنَّ المقرَّ لو كان زوجاً صحَّ بعد موته.

وله: إنَّ النكاحَ يزول بموتها بالكلية، حتى يجوز له أن يتزوَّجَ بأختها، فيبطل إقرارها بالنكاح بالموت.

(وقيل: الخلافُ في العكس) أي: في عكس هذه الصورة، وهو ما إذا أقرَّ الزوجُ بنكاحها، ثم مات، فصَدَّقَته في العدة؛ يبطل

إقراره عند أبي حنيفة. وقال: يجوز، فيجب لها المهرُ؛ لأن المرأةَ محلُّ النكاح، فأمكن أن يبقى النكاحُ ببقائها، ولهذا يجوز لها غسلُه، بخلاف ما إذا ماتت هي لفوات المحلِّ، ولهذا لا يحلُّ له غسلها.

وله: إنَّ المقرَّ به هو النكاحُ، وثبوته بعد موته محالٌّ، فلا يُصوَّرُ إبقاؤه.

وبهذا ظهر أنَّ الحقَّ هذا القولُ، ولهذا قال: (على الأصح).

¹ د: يَنفَسُخ.

² د: أو اختلفا.

³ ح: يكون.

⁴ ح: يعتبر.

⁵ د: تجب.

(أو كان في يده) أي: في¹ يد الزوج (مال، فقال لآخر: ماتت أختك زوجتي، وهذا ميراثها) يعني: بيني وبينك، (فنفى) الآخر (زوجيته: يحكم) أبو يوسف (بقسمته بينهما)؛ لأن المال في يده، ولم يقر للأخ إلا بالنصف، والأخ يدعي الزيادة على النصف، وذو اليد ينكر. (وقالا: هو للأخ)؛ لأن الأخوة تثبت بتصادقهما، وزوجيته لم يثبت، فيستحق الأخ الكل² لا الزوج. (إلا أن يثبت) الزوج بالبينة (ما نفاه) الأخ، وهو الزوجية، فيكون المال بينهما نصفين.

(أو هذه الألف مضاربة زيد) يعني: لو أقرَّ بأنَّ هذه الألف التي في يده دفعها إليه زيدٌ مضاربةً بالنصف، ثم قال: (بل عمرو) أي: بل هي مضاربة عمرو، (وإدعى كلٌّ منهما أنه دفعها إليه مضاربةً بالنصف، ثم ربح) المضارب (ألفاً؛ يجعل) أبو يوسف (المال) كله (ونصف الربح لزيد، ويغرمه) أبو يوسف (لعمرو ألفاً)؛ لأنه لما أقرَّ المال لزيدٍ؛ نفذ، فظهر المضاربة بينهما، وإقراره بعده لعمرو لم يصح في عين المال، فكان إقراراً على نفسه بالضمان (لا غير) أي: لا شيء لعمرو من الربح؛ لأن المال مضمونٌ على المضارب في حق عمرو. (وضمنه) أي: محمداً المضارب (لكلٍّ منهما ألفاً) فيبقى ما في يده له؛ لأنه أقرَّ المال لزيدٍ، وقبل نفاذه بتصديق المقر له أقرَّ لعمرو، فكان مثلماً بإقراره لكلٍّ منهما ألفاً، (وأمره) محمداً (بالتصدق بالربح) لتوهمه أنه حصل لا من ملكه.

(وجعلنا القول للمضارب إذا أتى بألفين، وقال: هما أصلٌ وربحٌ) وقال رب المال: بل هما رأسُ المال ولا ربح. (لا لرب المال) أي: قال زفر: القول لرب المال (في أنهما أصلٌ)؛ لأن المضارب يدعي لنفسه في المال شيئاً، وهو نصيبه من الربح، ورب المال ينكره.

ولنا: إنَّ ربَّ المال يدعي أنَّ المقبوض منه ألفا درهم، والمضارب ينكره.

(ولو قال: هذا المال لي ولهذا أخي ميراث، فقال) أخوه المشاؤ إليه: (أنا ابنه) أي: ابن الميت (دونك) أي: لست ابنه والمال كله لي، (قسمناه بينهما) نصفين. (ولا ينفرد به المقر له) أي: قال زفر: المال كله للمقر له؛ لأن بنوة المقر له يثبت بتصادقهما، ولم تثبت³ بنوة ذي اليد.

ولنا: إنَّ هذا الإقرار إقرارٌ بالنسب على الغير، فلا يصحُّ، لكنَّه صحيح⁴ في حقِّ المال، فيتنصَّف بينهما لاستوائهما في الاستحقاق.

فإن قلت: قال أبو حنيفة ومحمد في المسألة السابقة، وهي قوله لآخر: ماتت أختك زوجتي، وهذا ميراث بيني وبينك: إنَّ الأخ يستحق كلَّ المال، وقالوا في هذه المسألة: إنَّ الأخ يستحق النصف، فما الفرق بينهما؟ قلت: الفرق أنه أقرَّ في المسألة السابقة بسبب أصلٍ، وادَّعى لنفسه سبباً طارئاً، فلا يصدِّق إلا ببينة أو تصديق، فيستردَّ الكلَّ، وفي هذه المسألة كلاهما في النسب، فهما سواء.

(ولو أقرَّ حربياً أسلم بأخذ مالٍ من مسلمٍ أو ذمِّيٍّ (قبل الإسلام) أي: إسلام المقر، (أو بإتلاف خمر) كافر (بعده) أي: بعد إسلام المقر له، (أو مسلم) أي: لو أقرَّ مسلم (بمالٍ حربياً) أي: بأخذ ماله (في الحرب) أي: في دار الحرب، (أو بقطع) أي: لو أقرَّ المولى بقطع (يد معتقه قبل العتق، فكذبوه في الإسناد) أي: في إسناد الأفعال إلى ما ذكره من الزمان، بأن قال: أخذت مالي بعد إسلامك، وقال آخر: أتلفت خمري قبل إسلامي، وقال آخر: أخذت مالي بعد إسلامي، وقال المعتق: قطعت يدي بعد عتقي، (أفتى) محمد (بعدم الضمان في الكلِّ) أي: في كل هذه الأقاير المذكورة. وقالوا: يضمن.

له: إنَّه أسند الفعل إلى حالة منافية للضمان، فلا يؤخذ به، كما لو أقرَّ بالقدف مسنداً إلى حالة الصبا.

ولهما: إنَّه أقرَّ بسبب الضمان، وهو الأخذ والقطع، وأسنده إلى حالة لا ينافيها بالكلية، بل قد يجامعها⁵؛ لأن إتلاف مال الحربى يكون سبباً للضمان في الجملة، كما إذا كان مستأمناً وأودع ماله عند مسلمٍ وعاد، فأتلفه المسلم يضمن، وقطع المولى يد عبده قد يكون مضموناً إذا كان مديوناً أو مرهوناً، ولا كذلك حالة الصبا؛ لأنها منافية للإقرار.

¹ د - في.

² د - الكل.

³ ح: يثبت.

⁴ ح: يصح.

⁵ د - بل قد يجامعها.

قَيَّدَ بالضمآن؛ لأنَّ المأخوذَ لو كان قائماً في يد المقرِّ يؤمر بالردِّ إلى المقرِّ له اتِّفَاقاً؛ لأنَّه أقرَّ أنَّه مأله، ويُدَّعي تملكه عليه، وهو منكَّرٌ، فالقولُ قولُ المنكر.

وقَيَّدَ بقطع يد معتقه؛ لأنَّ العبدَ بعد العتق لو أقرَّ أنَّه قطع يد مولاه حال كونه عبداً، وقال المولى: بل قطعتهما بعد العتق؛ لا يضمن اتِّفَاقاً، فالقولُ قولُ العبد.

(أو أحد الشريكين) أي: لو أقرَّ أحدهما (في دارٍ بيتٍ معينٍ) فيها (لآخر قدره) أي: والحالُ أن قدرَ البيت (عشرة أذرع، والدارُ مائة ذراعٍ، فأنكره شريكه، فطلب المقرِّ له القسمةَ ليستوفي حقه من نصيب المقرِّ، ثم اقتسماه والبيتُ مع شريكه) أي: والحالُ أنَّ البيتَ واقعٌ في نصيب الشريك، (جعل له سهماً من عشرة من نصيبه) يعني: جعل محمدٌ نصيبَ المقرِّ بينه وبين المقرِّ له على عشرة أسهمٍ: سهمٌ للمقرِّ له، وتسعةُ أسهمٍ للمقرِّ. (وهما سهمين من أحد عشر) يعني: جعلنا نصيبَ المقرِّ - وهو خمسون - أحد عشر سهماً: سهمان للمقرِّ له، وتسعة للمقرِّ.

قَيَّدَ بقوله: «والبيت مع شريكه»؛ لأنَّ البيتَ لو وقع في نصيب المقرِّ؛ وجب دفعه إلى المقرِّ له اتِّفَاقاً.

له: إنَّه أقرَّ بالبيت، وهو عشرٌ من جميع الدار، وإقراره ينصرفُ إلى ملكه دون ملك شريكه، فيكون عشرٌ نصيبه للمقرِّ له.

ولهما: إنَّ الإقرارَ بملك الغير صحيحٌ، حتى إنَّ من أقرَّ بما لا يملكُ يؤمر بالتسليم إليه إذا ملكه، فيصحُّ إقراره بالبيت، وإنَّه عشرة أذرع، وهي متى ارتفعت من مائة يبقى تسعون، فيفرض كلُّ خمسةٍ سهماً، فكأنَّه أقرَّ أنَّ¹ له سهمين ولي تسعةً ولشريكه تسعةً، فإذا كذبه شريكه؛ وجب أن يكون نصيبُ المقرِّ له على ما أقرَّ به من أنَّ له سهمين.

وإنَّما وضع في الدار؛ لأنَّ الخلافَ في شيءٍ يحتمل القسمةَ، أمَّا فيما لا يحتملها بأن أقرَّ بيتٍ معينٍ من الحمام والمسألة بحالها؛ يلزم نصفُ قيمته؛ لأنَّ القسمةَ ههنا غيرُ ممكنٍ، والإقرارُ بعينٍ تعدُّرٌ تسليماً إقراراً ببدله، وهو القيمة، وكذلك لو أقرَّ بجذعٍ في الدار في قسمته. من «الحقائق»².

(ولو ترك) ميت (ثلاث بنين وثلاثة آلاف) درهمٍ، فاقسموها، وأخذ كلُّ واحدٍ ألفاً، (فادعيت) أي: ادَّعى رجلٌ أنَّ له على أبيهم ثلاثة آلاف درهمٍ، (فصدقه الأكبرُ فيها) أي: في ثلاثة آلاف، (والأوسط) أي: صدقه الأوسط (في ألفين، والأصغرُ في ألفٍ؛ دفع الأكبرُ ألفه، والأصغرُ ثلثها) أي: ثلث الألف اتِّفَاقاً؛ لأنَّ الأكبرَ مقرُّ أن لا ميراثَ له، والأصغرُ يزعم أن دعواه في الألف حقٌّ. (ويأمر) أبو يوسف (الأوسطُ بخمسة أسداسها) أي: بدفع خمسة أسداس ألفه، (لا بكلها) أي: أمر محمدٌ بدفع كلِّ ألفه؛ لأنَّ الأوسطَ يزعم أنَّ دعوى المُدَّعي في الألفين حقٌّ، وفي الألفٍ بغير حقٍّ، فلما أخذ من الأكبر ألفاً؛ فقد أخذ ثلثها بحقٍّ وثلثها بغير حقٍّ؛ فبقي من دعواه ألفٌ وثلث، والأصغرُ يزعم أنَّ دعواه في الألف حقٌّ فقط، فبقي من دعواه ثلثا الألف، فقد تصادق الأوسطُ والأصغرُ على بقاء ثلثي الألف، فيؤخذُ من كلِّ منهما نصفٌ ما اتَّفقا عليه، وذلك ثلثُ الألف، بقي من إقرار الأوسطِ ثلثا الألف، وفي يده ذلك، فله أن يأخذه. ولأبي يوسف: إنَّ الكلَّ اتَّفقا على ألفٍ واحدٍ، فيلزم كلُّ واحدٍ منهم ثلثه، ثم اتَّفقا الأوسطُ والأكبرُ على ألفٍ أخرى، فلزم كلُّ واحدٍ منهما نصفه، فبقي في يد الأوسطِ سدسُ الألف، وفي يد الأكبرِ كذلك، فلما انفرد الأكبرُ بألفٍ أخرى؛ أخذ ما في يده، وهو سدسُ الألف.

(أو أكبر أخوين) أي: لو أقرَّ أكبرهما (بشركة زيدٍ في دارهما) بأن قال: زيدٌ مشتركٌ معنا في هذه الدارِ أثلاثاً، (والأصغرُ لعمرو أيضاً) أي: أقرَّ الأصغرُ بأن عمراً وزيداً مشتركان معنا في هذه الدارِ أرباعاً، (يحكم) أبو يوسف (لزيدٍ ربع سهم الأصغر) أي: بأخذه. (وحكم) محمدٌ (بخمسه) أي: بأخذ خمس ما في يد الأصغر، (ثم يقاسم الأكبرُ نصفين) يعني: يضمُّ زيد ما أخذه من الربع أو الخمس إلى ما في يد الأكبر، ويقاسمه³ نصفين اتِّفَاقاً. (وتقاسم الأصغرُ) ما بقي في يده (عمرًا نصفين. والقولان روايتان) عن أبي حنيفة رحمه الله.

لأبي يوسف: إنَّ الأصغرَ أقرَّ أنَّ الدارَ بين أربعة أنفسٍ، وزيدٌ رابعهم، ولو كان كلُّ الدار في يده دفع إليه ربعها، فإذا كان نصفها في يده دفع إليه ربعه، فيجعل جميعُ الدارِ ثمانيةً، لكلِّ من الأخوين أربعةً، فيأخذ زيدٌ ربع ما في يد الأصغر، فيضمُّ إلى ما في يد الأكبر،

¹ ح - أن.

² د - وإنما وضع في الدار.

³ ح: وتقاسمه.

فيصير خمسة، وبقي في يد الأصغر ثلاثة، وكلٌّ منهما لا يستقيم على اثنين، فيضرب¹ اثنان في كلِّ الدار التي هي ثمانية، فيصير² ستة عشر، فللكلِّ من الأخوين ثمانية، فيأخذ زيد ربع ما في يد الأصغر، وهما سهمان، فيضمُّ إلى ما في يد الأكبر، فيصير عشرة: خمسة للأكبر وخمسة لزيد، ويبقى في يد الأصغر ستة: ثلاثة للأصغر وثلاثة لعمرو.

ولمحمد: إنَّ للأصغر أنَّ يقول لزيد: لو كذبني الأكبر فيك لكان لك مما في يدي سهمٌ ولي سهمٌ وعمرو سهمٌ، فلما صدَّقني الأكبر فيك خاصةً؛ فقد رفع نصف مؤنتك عني، بقي لي سهمٌ وعمرو سهمٌ ولك نصف سهمٍ، فذلك سهمان ونصف، وفيه كسرٌ، فيضعف، فيصير خمسة، فمجموع الدار يكون عشرة أسهمٍ، لكلِّ من الأكبر والأصغر خمسة، فيأخذ زيد سهمًا من الأصغر، ويضمُّ إلى ما في يد الأكبر، فيصير ستة، لكلِّ منهما ثلاثة، ويبقى في يد الأصغر أربعة: سهمان له وسهمان لعمرو.

(فصل) في إقرار المريض

(إذا أقرَّ مريضٌ بدين) في مرض موته وعليه ديونٌ في صحته وديونٌ لزمته في مرضه بأسبابٍ معلومةٍ كالشراء ونحوه؛ (قدِّم دينُ الصحة ومعلومُ السبب) في القضاء على الدين المقرَّ به في المرض. وفي «الخلاصة»: لو أقرَّ في المرض باستيفاء بعض ديون الصحة بصحٍّ، ولو أقرَّ باستيفاء دينٍ أدَّاه في المرض؛ لا يصحُّ إن كان عليه دينُ الصحة.

(ولا نسوي) وقال الشافعيُّ: الدينُ المقرُّ به في المرض وغيره سواء؛ لأنَّه إقرارٌ صادرٌ من أهله، فيكون حجَّةً كما في الصحة، بل مرضه أدعى إلى رجحان صدقه.

ولنا: إنَّ حقوقَ غرماء³ الصحة تعلَّقت بماله في أوَّل مرضه لعجزه عن الاكتساب، فلا ينفذُ إقراره في حقِّهم، بل ينفذُ في حقه بعد قضاء ديونهم، ولهذا ينفذُ من جميع ماله، وكان القياسُ أن لا ينفذُ إلا من الثلث؛ لأنَّ حقوقَ الورثة تعلَّقَ بالثلثين، ولكن تُرك ذلك بالآخر، وهو ما روي عن ابن عمر أنه قال: إذا أقرَّ المريضُ بدينٍ جاز ذلك عليه في جميع تركته. وإنَّما قدِّم معلومُ السبب؛ لأنَّ سببه معايينٌ، فصار كالدين الثابت بالبينة.

(وإن فضل شيء) من أداء دين الصحة (صُرِفَ فيما أقرَّ به) من دين المرض؛ لأنَّ الدينَ مقدَّمٌ على الإرث.

(ونبطل إقراره) أي: إقرارَ المريض بدينٍ أو عين (لوارث) أي: لوارثه، (إلا أن يصدِّقه الباكون) من الورثة؛ لأنَّ المنع كان لحقِّهم، فإذا صدَّقوه زال المنع. وقال الشافعيُّ: يصحُّ إقراره لوارثٍ كما صحَّ لأجنبيٍّ.

ولنا: قولُ ابن عمر رضي الله عنهما: إقرارُ المريض لغير وارثٍ جائزٌ وإن أحاط بماله، وإن أقرَّ لوارثٍ؛ فغيرُ جائزٍ إلا أن يصدِّقه الورثة.

(ويصحُّ) إقراره (للأجنبيِّ وإن استغرق المال) لِمَا سبق من قول ابن عمر رضي الله عنهما.

(ولو أقرَّ بنوَّة غلامٍ ممكنٍ منه) أي: من المقرَّ بأن يولد مثله لمثله⁴ (مجهول) أي: ليس لذلك الغلام نسبٌ معروفٌ، (فصدِّقه) الغلام الذي يعيَّر عن نفسه، فلا بُدَّ من تصديقه؛ لأنَّه في يد نفسه، وأمَّا إذا كان صغيراً؛ فلا احتاج إلى تصديقه. (لحق) أي: ثبت نسبه منه، (وشارك) الورثة في الميراث إن لم يكن فيه مانعٌ عن الإرث؛ لأنَّ النسب من الحوائج الأصلية، وهو غيرُ مستلزمٍ لإقراره بالمال؛ لأنَّه يجوزُ أن يثبت نسبه منه، ولا يرثه.

قيَّد بقوله: «ممكن»؛ لأنَّه لو لم يمكن يكون مكذباً ظاهرًا.

وقيَّد (مجهول)؛ لأنَّه لو كان معروفَ النسب لا يثبت نسبه من المقرَّ لثبوته من غيره.

(أو لأجنبيٍّ) أي: لو أقرَّ المريضُ بمالٍ لأجنبيٍّ، (ثم ادَّعى أنه ابنه) وصدِّقه الأجنبيُّ، (يثبت نسبه منه، وبطل إقراره له)؛ لأنَّه تبينَ أنه أقرَّ للوارث؛ لأنَّ النسب يثبت من وقت العلوق.

(وحكمنا بصحته لو تزوجها بعده) يعني: لو أقرَّ المريضُ لأجنبية بمالٍ، ثم تزوجها، فمات؛ لم يبطل الإقرار عندنا. وقال زفر:

يبطل؛ لأنَّه طرَى على إقراره ما يمنع صحته، فصار كما لو أوصى لها، أو وهب لها، ثم تزوجها.

¹ د: فنضرب.

² د: فتصير.

³ د: غرام.

⁴ د - لمثله.

ولنا: إنَّ الزوجية ثبتت مقتصرَةً على زمانها، لا مستندةً كالبنوة، فتبيّن أنَّه أقرَّ لأجنبيّة، بخلاف الوصية؛ لأنَّه تملك بعد الموت، والزوجية قائمةٌ عنده، والهبة في المرض كالوصية.

اعلم أنَّ الضبط في هذا المقام أن يقال: المقرُّ له للمريض إن لم يكن وارثًا وقت الإقرار، ثم صار وارثًا قبل الموت، فإن كان الإرث بالنسب؛ لا يجوز اتفاقًا كالمسألة السابقة، وإن كان بالسبب؛ فمختلفٌ فيه كهذه المسألة، وإن كان وارثًا وقت الإقرار دون الموت، كما إذا أقرَّ لأخيه، ثم وُلِدَ له ابنٌ؛ يصحُّ إقراره، وإن كان بالعكس، كما إذا أقرَّ لأخيه الكافر، فأسلم قبل موته؛ لا يصحُّ، وإن كان وارثًا فيهما لا فيما بينهما؛ كما إذا والى رجلاً، فأقرَّ له¹، ثم فسخ المولاة، ثم عقدها ثانيًا؛ لا يجوز عند أبي يوسف؛ لأنَّه متَّهمٌ في الفسخ، ويجوز عند محمد؛ لأنَّه لمَّا صار أجنبيًّا نفذ إقراره. هذا خلاصة ما في «التبيين».

(ولو طلقها) أي: المريض زوجته (ثلاثًا، ثم أقرَّ لها بدين، كان لها الأقلُّ منه) أي: مما أقرَّ به (ومن ميراثها) لقيام التهمة بقاء العدة، فربما اتَّفقا على الطلاق ليصحَّ إقراره لها زيادةً على ميراثها، فيثبت أقلُّهما نفيًا للتهمة. هذا إذا طلقها بسؤالها؛ لأنَّها لا تترث، فبقيا متَّهَمين في ذلك، وأما إذا طلقها بلا سؤالها؛ فلها الميراثُ بالعمَّا ما بلغ، ولا يصحُّ الإقرارُ لها؛ لأنَّها وارثة؛ إذ هو فارٌّ.

(أو لوارث مع أجنبي) أي: لو أقرَّ مريضٌ² لرجلين بألفٍ وأحدهما وارثه، (فتكاذبا في الشركة) بأن قالوا: هذا الدين لم يكن مشتركًا بيننا، بل كان نصفه وجب لي بسببٍ علي حدة، ونصفه للأجنبي بسببٍ علي حدة.

قيدٌ بالتكذيب؛ لأنَّهما لو صدقا المقرَّ لهما بطل الإقرار في الكلِّ اتفاقًا، أمَّا إذا كذب الوارث المقرَّ في الشركة وصدقه الأجنبي، قيل: هو على الخلاف أيضًا، لكن الصحيح أن يقال: لا يجوز الإقرار اتفاقًا. من «مبسوط شيخ الإسلام»³.

(صححه) أي: جعل محمدٌ إقراره صحيحًا (في الأجنبي) خلافًا لهما.

له: إنَّ شركة الوارث للأجنبي كان مانعًا من صحَّة إقراره لتضمُّنه الإقرار للوارث، فلما ارتفع المانع بالتكذيب؛ يكون نصف ما أقرَّ به للأجنبي، كما لو أوصى لأجنبي مع وارثه، وردَّه الوارث؛ ينفذ في حق الأجنبي.

ولهما: إنَّ الإقرار إخبارٌ، فتنبه على وجه ثبوت الشركة غير جائز، وعلى وجه عدم الشركة أيضًا؛ لأنَّه تنفيذٌ لما لم يقرَّ به، فلا يصحُّ، بخلاف الإيضاء؛ لأنَّه إنشاءٌ تصرُّفٍ، فيحتال في تصحيحه.

(أو أنَّ هذه الألف لقطعة) أي: لو أقرَّ المريض بها، (وهي المال) أي: والحال أن لا مال له غير تلك الألف، (فكذب الوارث؛ يأمرهم) أي: أبو يوسف الورثة (أن يتصدقوا بالثلث) أي: بثلك الألف. (وأعطاهم الكل) أي قال محمدٌ: كلها ميراث لهم.

قيدٌ بتكذيب الورثة؛ لأنَّهم لو صدقوه يتصدق كلُّها اتفاقًا.

له: إنَّ قوله: إنَّها لقطعة بمنزلة قوله: ليست لي، ولو قال ذلك لم يبطل الميراث، فكذا هذا.

ولأبي يوسف: إنَّ قوله: إنَّها لقطعة إيضاء بالتصدق؛ لأن حكمها ذلك، والوصية بالتصدق تبرُّع، فيصح في الثلث، بخلاف قوله: ليس لي؛ لأنَّه لا يقتضي التصدق.

(أو أقرت مزوجة مجهولة) يعني: إذا تزوج رجل امرأةً مجهولة الرق، فأقرت (بأنها أمة) فلان، (فصدقت) أي: صدقها فلان، (وكذبها زوجها؛ صح) إقرارها على نفسها (مع قيام النكاح).

أقول: فسّر المصنّف في «شرحه» المجهولة بمجهولة النسب، وكذا في «الكافي شرح المنظومة»، ولم يبيّن كلُّ واحد منهما فائدة التقييد، وأرى فيه اشتباهًا؛ لأنَّ لو فرضنا في المسألة أنَّها معلومة النسب، ولم يعلم رقيتها، فأقرت؛ أرى أن يجوز إقرارها، ولو فسرها بمجهولة الرق؛ لكان أظهر، وصار احترازًا عما إذا علم رقيتها، فأقرت لأخر بكذا لا يصحُّ إقرارها.

(ويجعل) أبو يوسف (ولدها بعده) أي: بعد إقرارها (لأكثر من سنة أشهر رقيقًا)؛ لأن الشرع لمَّا حكم برقيتها؛ لزم منه كون ولدها رقا، ولا غرورٍ فيه؛ لأن إمساكها بعد إقرارها يدلُّ على رضاه برقية ولده منها. (وخالفه) أي: جعل محمدٌ ولدها حرًّا؛ لأنَّه تزوجها على زعم حرية أولاده منها، فلا تصدق المزوجة في إبطال هذا الحق الثابت لزوجها، كما لو اعتقها هذا المولى لم يكن لها اختيارٌ نفسها؛ لأن النكاح لم ينعقد على أنَّها رقا.

قيدٌ بقوله: «فصدقت»؛ لأن فلانًا لو كذبها لا يصحُّ إقرارها اتفاقًا.

¹ د: به.

² د - مريض.

³ د - بأن قالوا: هذا الدين.

ويَقْد بقوله: «وكذبها»؛ لأن الزوج لو صدَّقها يصح إقرارها، ويكون ولدها رقاً اتفاقاً.
ويَقْد بقوله: «بعده»؛ لأن الولد الذي عرف علوقه قبل الإقرار حرّاً اتفاقاً؛ لأنه إقرارٌ على الغير، فلا تصدَّق في حقه.
أقول: لو قال: لستة أشهرٍ أو أكثر؛ لكان أولى؛ لأن خلافهما باقٍ إذا ولدت لستة أشهر بعد الإقرار، وإذا ولدت لأقل منها يكون الولد حرّاً اتفاقاً؛ لأن إقرارها لا ينفذ في حق غيرها، وهو الولد. المسألة هكذا مذكورة في «الكافي».

(ويصحُّ إقرارُ المريض بالوالدين والولد والزوجة) يعني: إذا أقرَّ رجلٌ بأنَّ هذا والده أو ولده أو هذه أمه، أو زوجته؛ صحَّ إقراره، لكن في الزوجة¹ يُشترط أن لا يكون منكوحه الغير أو معتدته²، وأن لا تكون تحت المقرِّ أختها ولا أربع سواها، **(والمولى)** يعني: يصحُّ إقراره بأنَّ هذا مولاه، سواءً أن يكون الأسفل أو الأعلى **(إذا صدَّقوه)** قيَّد به؛ لأن لهم ولايةً على أنفسهم، فيتوقَّف الإقرارُ على تصديقهم، سواءً وجد قبل موت المقرِّ أو بعده اتفاقاً.

وإنما صحَّ هذه الأقارير؛ لانعدام تحميل النسب على الغير فيها.
(وإقرارها بهؤلاء) يعني: إذا أقرَّت امرأةٌ بالوالدين والولد والزوج يصحُّ إذا صدَّقوها، وجاز تصديقهم قبل موت المقرِّ أو بعده اتفاقاً، إلا في المرأة إذا أقرت بنكاح رجلٍ، وماتت، فصدقها؛ لم يصحَّ عنده خلافاً لهما كما سبق.
(إلا بالولد) يعني: إذا أقرت بالولد من زوجها القائم لا يصحُّ؛ لأن فيه تحميل النسب على الغير؛ لأن النسب منه، قال تعالى: ﴿ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ﴾ [الأحزاب، 5/33]. **(حتى يصدقها الزوج)**؛ لأن الحق له.
(أو تشهد بالولادة قابلةً)؛ لأن شهادتها في هذا مقبولة، وكذا لو ادَّعى أنه ولده من امرأته لا يصدق في حقها إلا بتصديقها.
كذا في «التبيين».

(لا كأخٍ وعمٍّ) أي: لا يصحُّ الإقرارُ بأنه أخوه أو عمُّه؛ لأن فيه حمل النسب على الغير؛ لأن الأخوة إنما يثبت بثبوت نسب المقرِّ له من الأب، والعمومة تثبت³ بثبوت نسبه من الجدِّ، والمقرِّ لا يملك ذلك.

(ويرثُ) المقرِّ له (لعدم وارثٍ) قريبٍ أو بعيدٍ؛ لأن قوله وإن لم يُقبل في ثبوت النسب؛ قُبل في ماله؛ لأن له ولايةً فيه.
(أو بعد موت أبيه) أي: لو أقرَّ بعد موت أبيه **(بأخٍ لم تُنبتة)** أي: النسب من أبيه. وقال الشافعي رحمه الله: يثبت. **(وشاركه)** أي: المقرِّ له المقرِّ في الإرث بالاتفاق، أمَّا عند الشافعي؛ فثبوت النسب من أبيه، وأمَّا عندنا؛ فلأن المقرِّ لا ولاية له على غيره حتى يثبت النسب منه، ولكن له ولايةً على نفسه فيما في يده من المال، فيصحُّ إقراره في استحقاق غيره فيه.

اعلم أنَّ المفهوم من «المنظومة» أن الشافعي قال: لا يثبت النسب ولا يشاركه في الإرث؛ لأنه مبتني على النسب، قال المصنِّف في «شرحه»: تركت هذا الخلاف وأثبتته في النسب؛ لأن صاحب «الوجيز» قال فيه: إذا أقرَّ بأخوة غيره؛ فهو إقرارٌ بالنسب على الغير لا يُقبل إلا من وارثٍ مستغرقٍ، كمن مات وخلف ابناً واحداً، فأقرَّ بأخٍ ثبت نسبه وميراثه.
أقول: على هذا كان ينبغي أن يبيِّن قول الشافعي؛ لأن المسألة مذكورة في المتن على الإطلاق، والمذكور في «الوجيز» مقيَّد بأن يكون له ابنٌ واحدٌ.

(أو أحد ابنين بأخٍ لأبٍ) يعني: إذا أقرَّ أحد ابني ميتٍ لرجلٍ أنه أخوه لأبٍ، **(وكذبته الآخرُ؛ أمره بدفع نصف نصيبه)**؛ لأنه أقرَّ باستوائهما في استحقاق الإرث. **(لا ثلثه)** يعني: قال مالكٌ: يعطيه المقرِّ ثلث ما في يده؛ لأنه أقرَّ أن المقرِّ له استحقاق ثلث تركته أبيه، فيعطيه ثلث ما في يده؛ لعدم نفاذ إقراره على أخيه.

(أو بأختٍ لأبٍ) يعني: إذا أقرَّ أحد الابنين لامرأةٍ أنها أخته لأبيه، وأنكره أخوه، **(فبثلثه)** أي: فأمره بأن يعطيها ثلث ما في يده من تركته أبيه؛ لأنه أقرَّ أنها ابنة الميت، فكان حَقُّها في التركة مثل نصف حقه. **(لا خمسها)** يعني: قال مالكٌ: يعطيها خمس ما في يده؛ لأنه أقرَّ باستحقاقها الخمس؛ لكون أبيه حَلَفَ ابنين وبناتاً، وهي هذه، فيعطيه⁴ خمس ما في يده.

(أو ابنٌ وبنْتٌ من ابنين وبنْتين بأخٍ لأبٍ) يعني: إذا كان لميتٍ ابنان وبنتان، فأقرَّ ابنٌ وبنْتٌ منهم لرجلٍ أنه أخوهم لأبيهم، ووجد الآخرا، **(فبخمسي نصيبهما)** يعني: فأمروا المقرين بأن يعطياه سهمين من خمسةٍ مما في أيديهما؛ لأن في زعمهما أنَّ حقَّ

¹ د + بأن.

² د: ومعتدته.

³ ح: يثبت.

⁴ د: فيعطها.

المقرّ له مثل حق الابن، وحقّ البنت مثل نصفه، فلما لم ينفذ إقرارهما على الآخرين؛ قسم نصفُ التركة بينهما وبين المقرّ له للذكر مثلُ حظ الأنثيين، على خمسة أسهمٍ: للمقرّ له سهمان، وللمقرّ سهمان، وللمقرّة سهم¹، وهذه الخمسة مستقيمة عليهم، فقدر النصف الآخر خمسة أيضاً، لكنّها لا يستقيم على المنكرين، وهما ثلاثة في التقدير، فيضرب ثلاثة في مجموع التركة، وهو عشرة، فيكون المبلغ ثلاثين، فمن كان له شيء من عشرة يضر في ثلاثة، وكان للمنكرين خمسة، فإذا ضربت في ثلاثة بصير خمسة عشر: عشرة للابن وخمسة للبنت، وكان للمقرّ له سهمان، فإذا ضربت في ثلاثة يكون ستة، وكان للمقرّ سهمان، فإذا ضربت فيها يكون ستة، وللمقرّة سهم، فبالضرب فيها يكون ثلاثة. (لا ربيع) يعني: قال مالك: يعطيه المقرّان ربع ما في يدهما؛ لأن المقرّ له على إقرارهما يستحق ربع التركة؛ لأنّهما أقرأ أنّ أباهم مات عن ثلاثة بنين وبنيتين، فيقسم نصيب المقرين على أربعة، فيعطى للمقرّ سهمان، وللمقرّة له سهم، وللبنت سهم، فلما انقسم نصيبهما على أربعة؛ صار النصف الآخر أربعة أيضاً، لكن المكذّبين ثلاثة تقديراً؛ لأن الابن يجعل كبنتين، والأربعة لا يستقيم عليهم، فيضرب ثلاثة في ثمانية، فيصير أربعة وعشرين: اثنا عشر للمكذّبين: ثمانية للابن وأربعة للبنت، واثنا عشر للمقرين مع المقرّ له: فسنة للمقر، وثلاثة للبنت، وثلاثة للمقرّ له.

(كتاب الإجارة)

(وتعتقد² على منفعة) يعني: الإجارة بيع منفعة مقصودة، ولهذا شرط في صيغتها المضى كما في البيع، وكان القياس أن لا يجوز بيعها؛ لأنّها معدومة، والعقد إنّما يرد على الموجود، لكنّه جاز بالسنة؛ لقوله عليه السلام: «أعطوا الأجير أجره قبل أن يجفّ عرفه»³، وهذا يدل على جوازه، واجتمع الأمة عليه. قيّد بـ(منفعة)؛ لأنّه لو استأجر شاة مدة معلومة ليحلب لبنها لا يجوز؛ لأن اللبن عين لا منفعة، بخلاف استئجار الظئر؛ لأن المستحقّ ثمة فعل الحضانة، واللبن آلة. كذا في «المحيط». وقيدنا المنفعة بالمقصودة؛ لأنّه لو استأجر دابة ليظنّ الناس أنّها له، أو نخلاً لبيسط ثوبه عليها؛ لا يجوز؛ لأن تلك المنافع غير مقصودة منهما.

وفي «الخلاصة»: لو اشترى رطبة، ثم استأجر الأرض لإبقائها؛ لا يجوز، فلو اشتراها بأصلها، ثم استأجر الأرض لأجله؛ يجوز. (معلومة) قيّد بها؛ لأن جهاتها يُفرض إلى المنازعة كجهالة المبيع. وفي «المحيط»: لو استأجر خياطاً ليحيط له قميصاً، ولم يعين الكرياس؛ لم يجز؛ لكون محلّ العمل مجهولاً. (بذكر مدّة) هذا مع ما عُطِف عليه بياناً لطريق كونها معلومة، كاستئجار دار لسكنى شهر. وإنّما نكر المدّة ليشمل⁴ الطويلة والقصيرة إذا كانت معلومة، إلا أنّ في الأوقاف لا يُزاد على ثلاث سنين؛ كيلا يدعي المستأجر ملكها. (أو بتسمية) كما إذا استأجر دابة ليركبها مسافة معلومة، (أو إشارة) كمن استأجر رجلاً ليحمل له هذا الطعام إلى موضع كذا. (بعوض مالي معلوم)؛ لأن الأجرة كالثمن.

(ولا نحققها بالأعيان) أي: المنافع في الإجارة ليست كأعيان المبيع في حكم الملك والقبض عندنا. وقال الشافعي: المنافع في الإجارة ملحقة بالأعيان؛ لأنّه عقد تمليك يستدعي محلاً يضاف العقد إليه، ولو لم يجعل المنافع المعدومة كالأعيان المقدورة التسليم؛ كما صحّ هذا العقد.

ولنا: إنّ العين كالدار مثلاً جعلت خلقاً عن المنفعة في حقّ إضافة العقد، ولهذا لو أضافه إلى العين جاز، ولو أضافه إلى المنفعة لم يجز، فأقيم السبب⁵ مقام المسبب، كإقامة السفر مقام المشقة، ثم يظهر أثر العقد المنعقد ساعة فساعة عند حدوث المنفعة، فيملكها ويستحقّها.

(فلا نملك الأجرة بالعقد) ذكر الفاء يدل على أنّ هذه المسألة وما عُطِف عليها من المسائل الخلافية متفرعة على الأصل السابق المختلف فيه، يعني: يملك المؤجّر الأجرة بنفس العقد عند الشافعي؛ لأنّه جعل المنفعة كالعين، فيكون الأجره كالمثل. وعندنا:

1 ح: وللمقرّة سهم وللمقر سهمان.

2 ح: ويعقد.

3 سنن ابن ماجه، الرهون 4؛ المعجم الصغير للطبراني، 43/1.

4 ح: ليشتمل.

5 د: السب.

لا يملك، سواءً كان الأجر عيناً أو ديناً، وفي رواية: إن كانت ديناً يملك بنفس العقد، فيكون بمنزلة الدين المؤجل¹. (بل) يملكها بأحد هذه الثلاثة (بالتعجيل) أي: بتعجيل دفع² الأجرة من غير اشتراط، (أو اشتراطه) أي: اشتراط التعجيل في العقد، (أو استيفاء المنفعة)؛ لأنه عقد معاوضة، فإذا استوفى المستأجر المنفعة يملك المؤجر الأجر تحقيقاً للتساوي، وأما إذا عجل أو شرط التعجيل؛ فقد أبطأ حقه في المساواة.

(ونأمروه) أي: المستأجر، هذا تفرغ آخر، (أن يتصدق بالفضل) أي: فضل الأجر (إذا آجر ما استأجره بأكثر) من الأجر الأول، كمن استأجر ثوباً سنةً بعشرة، فأخذه بعد يوم، فأجره سنةً إلا يوماً بعشرين؛ يتصدق بعشرة عندنا؛ لأنه ربح مما لم يقبضه، وعند الشافعي: يطيب له العشرة؛ لأن المنفعة مقبوضة حكماً، فصارت ربحاً ما قبض.

هذا إذا كانت الأجرة الثانية من جنس الأول؛ إذ لو لم يكن من جنسها طاب الفضل اتفاقاً. كذا ذكره الطحاوي.

(ولا نيجز الإجارة بالإجارة) كمن استأجر داراً، وجعل أجرتها إجارة دارٍ له ليسكنها المؤجر، هذا فرع آخر، فإنه غير جائز عندنا؛ لأن المنفعة معدومة، فيكون كبيع الجنس بالجنس نسبيةً، وجائز عنده؛ لأنها موجودة، فيكون كبيع الجنس بالجنس يداً بيد. كذا قالوا.

ولكنه مُشكك؛ لأنه لو كان كذلك؛ لَمَا جاز بخلاف جنس المنفعة أيضاً، مع أنهم قالوا بجوازه، ولأن³ العقد على المنافع ينعقد ساعةً فساعةً على ما قالوا، فقبل وجود المنفعة لا ينعقد العقد، وبعد وجودها لم يبق ديناً، فكيف يُصوّر فيه النسبية؟ فالأولى أن يقال: الإجارة إنما أُجيزت للحاجة، ولا حاجة إلى استئجار المنفعة بجنسها؛ لاستغنائه بما عنده منها، فلم يُجز على الأصل، ولا كذلك عند اختلاف الجنس.

(وتحكم بانفساخها) هذا فرع آخر، يعني: يفسخ الإجارة عندنا (بموت المتعاقدين أو أحدهما)؛ لأنها ينعقد ساعةً فساعةً، وبالموت انتقل المنفعة أو الأجرة إلى الورثة، فتبطل⁴ الإجارة؛ لأن العقد لم يوجد منهم. وعند الشافعي: لا يفسخ؛ لأنها كبيع العين، والبيع لا يفسخ بموت العاقدين أو أحدهما، فكذا هذا.

(إذا عقد لنفسه) قيد به؛ لأنها لا تنفسخ⁵ بموت من عقدها غيره؛ لعدم الانتقال إلى الورثة، كالأب والواقف والوكيل بالإجارة، وأما الوكيل بالاستئجار إذا مات تبطل⁶ الإجارة؛ لأن التوكيل بالاستئجار توكيل بشراء المنافع، فصار كالتوكيل بشراء الأعيان، فيصير مستأجراً لنفسه، ثم يصير مؤجراً من الموكل. كذا في «الذخيرة».

(كما يفسخ⁷) عقد الإجارة (بفوت المنفعة، كخراب الدار، وانقطاع شرب الضيعة، وماء الرحي)؛ لأن المنفعة هي المعقود عليها، فإذا فاتت لم يُصوّر بقاء العقد حكماً.

وبعض مشايخنا قالوا: لا يفسخ العقد بهذه الأشياء؛ لأن المنافع فاتت⁸ على وجه يمكن عودها، فأشبهه الإباق، حتى لو انهدم، فبناه المؤجر، وأراد المستأجر أن يسكنه في بقية المدة؛ ليس له أن يمنعه، ولو انقطع ماء الرحي والبيت مما يتفح به لغير الطحن؛ فعليه من الأجرة بحصته. كذا في «التبيين».

(ونفسخها بالعدر)؛ لأنها تنعقد ساعةً فساعةً، فصلح العذر أن يمنعه، (كالعيب) أي: كما يفسخ الإجارة بالعيب، كمن استأجر داراً، فوجد بها عيباً يضر بالسكنى، فله أن يفسخ. (مثل من استأجر حانوتاً ليئجر) فيه، فافتقر، أو دابةً ليسافر، ثم بدا له) أي: ظهر للمستأجر رأي ترك السفر؛ إذ ربما قصد الحج، ففات وقتها، أو سافر لإحضار الغريم، وقد حضر، ولو جرى على موجب العقد يلزمه ضرر زائد لم يلزمه بالعقد. (لا للمؤجر) يعني: إذا بدا للمكاري رأي ترك السفر لا يكون عذراً؛ لأنه يمكنه أن يبعث دابته على يد غيره.

1 د - وفي رواية: إن كان ديناً.

2 ح: رفع.

3 ح: لأن.

4 ح: فيبطل.

5 ح: يفسخ.

6 ح: يبطل.

7 د: تنفسخ.

8 ح: فابت.

وفي «التجريد»: لو آجر نفسه في عملٍ وهو ممن يعاب به؛ فله الفسخُ.
وفي «النوازل»: لو استأجر إبلاً، ثم اشترى بعلاً؛ لا يكون عذراً في الفسخ، ولو اشترى إبلاً؛ يكون عذراً.
(وكن أجر دكاناً، ثم لزمه دينٌ، ولا مالٌ له سواه) يفسخه ويبيعه لقضاء دينه، وهذا مثالٌ آخرٌ للعذر، قال الفقيه أبو الليث:
هذا إذا كان الدينُ ظاهرًا، فإن لم يكن، ولكنه أقرَّ بالدين وكذبه المستأجر؛ جاز إقراره، ويكون عذراً عند أبي حنيفة، خلافاً لهما.
ثم الفسخُ بهذه الأعذار إنَّما يكون بقضاء القاضي على رواية «الزيادات»، حتى لو باع المؤجرُ المذكورُ دكانه قبل القضاء لا يجوزُ، وعلى رواية الأصل يكون الفسخُ بدونه، فيجوزُ بيعه، وأصحُّهما الأولى؛ لأنَّ الفسخَ مختلفٌ فيه، فيتوقفُ على القضاء كالرجوع في الهبة.

ومن المشايخ من وقَّ بينهما: بأنَّ العذرَ إن كان ظاهرًا لم يحتج إلى القضاء، وإن كان غيرَ ظاهرٍ كالدين الثابت بإقراره؛ يحتاج إلى القضاء؛ ليصير العذرُ بالقضاء ظاهرًا. كذا في «التجريد».

(ونسقطهما بالضمان المتعدِّي¹) هذا فرعٌ آخرٌ، يعني: إذا تعدَّى المستأجرُ على الدابة المستأجرة مثلاً، فهلكت، وضمنها²؛ يسقط عنه الأجرُ عندنا؛ لأنَّه ملكها بالضمان، وهي معه لا يجتمعان³، ولا تسقطُ عند الشافعيِّ؛ لأنَّ المبيعَ هي المنافعُ، والعينُ غيرها، فلا تسقطُ⁴ الأجرُ بهلاك العين كما لا يسقطُ⁵ الثمنُ عن المشتري إذا جنى على مالٍ آخر للبايع وضمنه.
(ونجيز إضافتها إلى المستقبل) هذا فرعٌ آخرٌ، مثل أن يقول في شعبان: آجرتُ داري في أول يوم من رمضان، وهي جائزةٌ عندنا؛ لِمَا مرَّ من أنَّ العقدَ يتجددُ بحسب حدوث المنافع، فجازت الإضافة، خلافاً للشافعيِّ؛ لأنَّها بيعُ المنافع⁶ عنده، فلا يجوزُ إضافتها إلى وقتِ كبيع العين⁷.

قيَّد بالإضافة؛ لأنَّ تعليقَ الإجارة غيرَ جائزٍ اتِّفاقاً.

(فتحكم بصحة خيار الشرط فيها) أدخل فيه الفاءَ ليدلَّ على أنَّ هذه المسألةُ فرعُ الخلاف في جواز الإضافة، فلما جاز إضافتها⁸ عندنا جاز خيارَ الشرط فيها؛ لأنَّه تعدُّ نفاذُ العقد في مدة الخيار، وكذا بعد انقضائها لا يمكن القولُ بالاستناد؛ لأنَّ شرط الاستناد قيام المحلِّ في الحال، والمنافعُ غير موجودةٍ⁹، فيكون في المعنى إضافةُ الإجارة إلى وقتِ¹⁰ سقوط الخيار، فيعتبر أولُ المدة من ذلك الوقت¹¹. ولم يجز خيار الشرط عند الشافعيِّ؛ لعدم جواز الإضافة في الإجارة عنده.

(ومن استأجر داراً أسكنها من شاء، وضع فيها ما شاء) من الصنائع والعمل؛ لانعدام التفاوت في السكنى والعمل، حتى لو قيَّد بأن يُسكن واحداً بعينه؛ فله أن يُسكن غيره، وكذا في الصنائع. (إلا القصاراة والطحن والحدادة)؛ لأنَّ هذه الثلاثة يوهن البناء، وفيه إضرارٌ. ولو استأجرها ليُعدَّ قصاراً؛ فله أن يعقد حداداً إذا كان مضرَّتهما واحدةً. ثم لو استأجرها للسكنى، وفعل فيها القصاراة، وانهدمت؛ فعليه الضمان، ولا أجرٌ عليه؛ لأنَّه لا يجتمع مع الضمان، وإن لم ينهدم؛ وجب عليه الأجرُ استحساناً؛ لأنَّ المعقودَ عليه هو السكنى، وفي القصاراة وُجدت السكنى وزيادةً، فيجب عليه الأجرُ بشرط السلامة.

(ويجب) تسليمُ الأجرة (بنفس القبض) أي: قبض المعقود عليه كالدار (وإن لم يسكنها)؛ لأنَّ تسليمَ عين المنفعة غيرُ متصورٍ، فأقيم التمكينُ من الانتفاع مقامه.

1 ح: للتعدّي.

2 د: فضمنها.

3 د: وامتنع استيفاء المنافع المستحقة عنها بالإجارة، فلا يجب بدلها.

4 د: سقط.

5 د: سقط.

6 ح: كبيع الأعيان.

7 د: إضافتها كإضافة البيع.

8 ح: الإضافة.

9 ح - لأنه تعدر.

10 د: زمان.

11 د - فيعتبر أول المدة من ذلك الوقت.

(وتسقط) الأجره (بالغصب) أي: بغصب العين المستأجرة، سواء كانت عقارًا أو لا؛ لعدم تمكن المستأجر من استيفاء المنافع عنها. المراد بالغصب هنا: إثبات اليد¹ المبطله مطلقًا، فيتناول العقار؛ لأن حقيقة الغصب غير متحققه في العقار عند أبي حنيفة وأبي يوسف كما سيحيى في الغصب.

(أو أرضًا) أي: من استأجر أرضًا للزراعة (عين المزروع)؛ لأن بعض أفراده يضرُّ بالأرض، فتعيينه يرتفع الجهالة المفضية إلى المنازعة. (أو على أن يزرع ما شاء) أي: أو قال: استأجرتها على أن أزرع فيها ما أشاء؛ لأن بتفويض الأمر إليه يرتفع النزاع. (ويدخل الشرب والطريق فيها) أي: في إجارة الأرض للزراعة وفيه، احترازٌ عن البيع حيث لا يدخل الطريق والشرب فيه (تبعًا) أي: بغير تسمية؛ لأن عقد الإجارة للتمكن من الانتفاع، والشرب والطريق مما يتوقف عليه الانتفاع، فيدخلان بمطلق العقد. (أو ساحة) أي: استأجر أرضًا خالية (للبناء والغرس، فانقضت المدة) أي: مدة الإجارة (وجب تسليمها) أي: تسليم الأرض (فارغة) عن البناء والغرس.

(فإن نقصت الأرض) أي: إن عرفت أن الأرض تنقص² (بالقلع غرم الأجر) وهو على وزن فاعل بمعنى المؤجر، وفي «الأساس»: لا يقال: هو آجر على وزن فاعل، فإنه خطأ، بل يقال: هو مؤجر، وذكر في «الصحاح»: العامة تقول: أجزته بلا مد. (قيمة ذلك) أي: البناء والغرس (مقلوعًا) أي: مأمورًا بقلعه، ومعرفة قيمته كذلك: أن تقوم الأرض مع الشجر المأمور مالكه بقلعه، وتقوم³ وليس فيها هذا الشجر، ففضل ما بينهما هو قيمة الشجر، وإنما فسّرناه بكذا؛ لأن قيمة المقلوع أزيد من قيمة المأمور بقلعه؛ لكون المؤنة مصروفة للقلع. كذا في «الكفاية».

(ويملكه) بغير رضاه؛ لأن الغرس مستحقُّ القلع، فصاحب⁴ الأرض يتضررُّ به، فيضمنه قيمته كذا رعاية للجانبين. (وإن لم تنقص الأرض) بقلعه (يتوقف) تملكه (على رضاه، أو تراضيا) على أن يبقى الغرس مكانه، ويترك الإجارة على حالها، (فتكون الأرض لهذا والغرس لذلك، فإن زرع فانقضت) أي: تمت مدة الإجارة (ترك) الزرع (بأجر المثل إلى نهايته)؛ لأن له نهاية، بخلاف الشجر؛ إذ لا غاية لبقائه.

وفي «التمة»: إذا انقضت الإجارة وفي الأرض رطاب؛ تركت فيها بأجر مثلها حتى تجز، وهو على أول جزٍ يدرك بعد انقضاء الإجارة.

(أو دابة) أي: من استأجر دابة (أو ثوبًا، أو ما يختلف) أي: الذي يختلف (باختلاف المستعملين) كالفأس والقوس ونحوهما، وهذا بعمومه متناولٌ للثوب والدابة، فيكون تميمًا بعد التخصيص. (فإن أطلق) العقد (أركب وألبس من شاء) أو ركب أو لبس بنفسه، أراد⁵ بالإطلاق أن يعتم⁶ المفعول، ويقول: استأجرتها على أن أركبها من أشاء، أو ألبسه من أشاء، ولم يرُدْ به ترك التقييد، حتى لو لم يقيد فسد الإجارة للجهالة، وكان القياس أن يجب أجر المثل في عدم تقييده، لكن وجب المسمى استحسانًا؛ لارتفاع الفساد، وهو الجهالة بركوبه أو إركابه.

(فإن ركب أو أركب واحدًا تعين) أن يكون مرادًا من الإطلاق، فصار كأنه نص عليه. (وإن خص) أي: عين الراكب، (فأركب غيره، فعطبت) أي: هلكت الدابة (ضمن)؛ لأن الناس متفاوتون في اللبس، فإن لبس القصاب ليس كلبس البزاز، وكذا في الركوب، فإذا خالفه صار متعديًا، وكذا إذا عين اللابس.

(فإن سمى نوعًا وقدرًا يحمله) الجملة حالٌ مقدرة، أي: إن سمى نوعًا حال كونه مقدّرًا حملة (كقفيز حنطة؛ جاز إبداله بمثله) أي: بما يساويه في الضرر من غيره، كما إذا استأجر ليحمل عليها عشرة أفرزة من الحنطة الحمراء، فحمل عليها حنطة أخرى، (أو أخف) أي: إبداله بما هو أخف من الحنطة (كالشعير والسوسم) فإذا سمى حنطة، فحمل عليها شعيرًا أو سوسمًا؛ جاز، وإنما

1: د: يد.

2: د: ينقص.

3: د: ويقوم.

4: د: وصاحب.

5: ح: وأراد.

6: ح: يعم.

لم يصِرْ مخالفاً بإبداله في هاتين الصورتين؛ لأنَّ المعْتَبَر هو الضُرُّ، فلا يكون التَّقْيِيدُ مفيداً، حتى لو سلمت الدابَّةُ يجب الأجرُ المسمي، ولا يكون مخالفاً استحساناً، ويكون مخالفاً قياساً¹، فإنَّ عَطِبَت الدابَّةُ من ذلك يضمنُ قيمتها، ولا يجب الأجرُ. كذا قاله قاضي خان. (لا بأضْر) أي: لا يجوز إبدال الحنطة بما هو أضرُّ منه في الحمل (كالمَلح).

(أو قدراً) أي: إن سَمِيَ قدراً (من القطن لم يجرز إبداله بحديدٍ مثل وزنه)؛ لأنَّ القطنَ ينسبُ على ظهر الدابة، والحديدُ يجتمع في مكانٍ، فيؤذيها، فلا يرضى صاحبها إلا بالإذن.

(ولو عَطِبْتُ برديفٍ) أي: بسبب ركبٍ خلف الراكب، سواءً كان الرديفُ مستأجراً أو غيره (ضمن النصف) أي: نصف قيمتها، وعليه الأجرُ كاملاً إن عَطِبْتُ بعد بلوغ مقصده، ثم المالكُ إن شاء ضمَّن المستأجرَ، وإن شاء ضمَّن الرديفَ.

(ولا اعتبار فيه بالثقل) أي: بثقل الرديف؛ لأنَّ الأدميَّ غيرُ موزونٍ، فاعتبر فيه العددُ، كما اعتبر في جُنَاة الجناة. هذا إذا كانت الدابَّةُ تطيق حملَ الاثنين، وإن لم تُطِيقْ؛ ضمن جميع قيمتها. كذا في «الكافي».

قالوا: هذا إذا كان الرديفُ يستمسكُ بنفسه، وإن كان صغيراً لا يستمسكُ؛ يضمنُ بقدر ثقله.

وفي ذكر الرديف احترازٌ عمَّا إذا حمله الراكبُ على عاتقه، فإنَّه يضمنُ جميع القيمة وإن كانت الدابَّةُ تطيق حملها؛ لأنَّ ثقلَ الراكب مع الذي حمله على عاتقه يجتمعان في مكانٍ واحدٍ، فيكون أشقُّ عليه الدابة. كذا في «النهاية».

(ولو زاد على المسمي) أي: على ما سمَّاه من مقدارٍ معلومٍ في الحمل، فعطبت (ضمن بقدر الزيادة) مثلاً: إذا زاد عُشْرُ

المسمي؛ يضمن عُشْرُ الدابة. هذا إذا حمل عليها من جنس المسمي، ولو حملها من خلاف جنسه؛ وجب جميع القيمة، وهذا إذا حملها الزيادة مع المسمي، حتى لو حملها المسمي وحده، ثم حملها الزيادة وحدها، فعطبت؛ ضمن جميع القيمة. وهذا إذا كان الزيادة في الحمل، ولو كان في غيره، كما إذا استأجر بقرةً ليطحن بها حنطةً مقدَّرةً، فزاد؛ وجب جميع القيمة. وهذا إذا كان الدابَّةُ تطيق حملَ الزيادة، وإن كانت لا تطيقه؛ يضمن كلَّ قيمتها؛ لأنَّه خارجٌ عن العادة. كذا في «التبيين».

(والكبح) وهو جذب الدابة بلجامها (والضرب مضمرٌ) كلُّ منهما قيمتها إذا عَطِبْتُ عند أبي حنيفة متعارفاً كان فعله أو لا.

(وقال: غير المعتاد) يعني: إذا كان كبخه وضره خارجاً عن العادة يضمن، وإلا فلا.

أراد بالضرب: ضرب الدابة لتسير بقريئة الكبح؛ لأنَّه لو ضرب العبدَ المستأجرَ للعمل يضمنُ اتِّفاقاً؛ لأنَّه يفهم، فلا حاجة إلى الضرب.

وفي «الحقائق»: موضعُ الخلاف الضربُ في موضعٍ معتادٍ بغير أمر صاحبها؛ إذ في غير المعتاد يضمنُ اتِّفاقاً ضربها بأمره أو بغيره، وفي الضرب المعتاد بأمره لا يضمنُ اتِّفاقاً.

لهما: إنَّ الضربَ اليسيرَ لا بُدَّ للسير في العرف، والمتعارفُ يكون مأذوناً، كما إذا فصد الفصَّاد، ولم يتجاوز عن الموضع³ المعتاد.

وله: إنَّ فعله وإن كان مأذوناً فيه شرعاً، لكنَّه مشروطٌ بوصف السلامة، فإذا عَطِبْتُ به الدابَّةُ يضمن، كما يضمن القصارُ إذا تلف الثوبُ من دقِّه.

وعلى هذا الخلاف ضربُ الأب والوصي الصغير للتأديب إذا لم يتجاوز عن المعتاد، فيجب الديَّةُ عنده، ولا تجب عندهما، كما لا يجب⁴ إذا ضربه المعلمُ بإذن الأب.

وله: إنَّ الأب يضره لنفسه؛ لأنَّ منفعتَه عائدةٌ إليه، والمعلمُ ليس كذلك، وإنَّما يضره إعانَةً للأب، والمعيرُ لا ضمانَ عليه.

(ولو أنكر) من استأجر الدابَّةَ ليركبها إلى موضع (الإجارة في بعض الطريق) فركبها بعد الإنكار إلى ذلك المكان، (يوجبها)

أي⁵: أبو يوسف الأجرة (عن ركوبها من قبل) أي: قبل الإنكار؛ لأنَّه بجحوده صار غاصباً، ولزمه الضمانُ، فلا يجتمع الأجر معه. (لا

¹ د - استحساناً، ويكون مخالفاً قياساً.

² د: وإن.

³ د: موضع.

⁴ د: تجب.

⁵ ح - أي.

عن الكلبي) يعني: قال محمد: يجب الأجر عن كل ركوبه؛ لأنه لمّا فرغ عن¹ استعمالها وسلّمها إلى صاحبها سقط عنه الضمان، والعقد لم يفسخ بإنكاره، فيجب الأجر.

(ولو ادّعاها بعشرة إلى كذا) يعني: إذا ادّعى المستأجر أنه استأجرها بعشرة دراهم ليركبها إلى موضع كذا، (فقال المؤجر: بل) استأجرتها بعشرة (إلى نصفه، ولم يركب) المستأجر بعد النزاع، ولا بينة لهما، (تحالفا وترادا).

قيّد بقوله: «ولم يركب»؛ لأنه لو ركبها لم يتحالفا، والقول للمستأجر مع اليمين.

(وإن برهنا) أي: أقاما البينة؛ (فضينا للمستأجر) بأن يركبها (إلى مقصده بعشرة، لا بخمسة عشر) أي: قال زفر: يقضى له بذلك بخمسة عشر؛ لأن المؤجر أثبت بيئته أنّ الأجرة عشرة إلى نصفه، وأنكر الإجارة فيما وراء النصف، والمستأجر يدّعيها، وبيئته أثبتتها بخمسة عشر، فتقبل² البيتان، فتصير³ خمسة عشر.

ولنا: إنّهما اتّفقا على أنّه ما جرى بينهما إلا عقدٌ واحدٌ، والاختلاف وقع في زيادة المسافة، وبيئة المستأجر أثبتتها، فيقبل بيئته؛ لأنّها أكثرُ إنباتًا.

(ولو تعدى المسمى) أي: مما سّماه من المكان للركوب (فهلكت ضمن) قيمتها؛ لأنّه صار غاصبًا، وكذا لو عيّن طريقًا، فسلك طريقًا آخر لا يكون مثله.

(ولم يخبروه بينه) أي: بين التضمن (وبين فضل الأجرة) يعني: قال مالك: المؤجر مخيّر، إن شاء ضمنه، وإن شاء أخذ فضل الأجرة، ولم يضمنه؛ لأنه أتجه له وجهان في تضمين دابته أو منفعتها الزائدة على المسمى، فيختار أيّهما شاء.

ولنا: إنّ المنافع لا تضمن بالإتلاف، فله أن يأخذ قيمتها فقط.

(ولو عاد) المستأجر إلى المكان المسمى (ألزمناه به) أي: المستأجر بالضممان. وقال زفر: لا يضمن؛ لأنه لمّا عاد إلى الوفاق برئ عن الضمان كالمودع.

ولنا: إنّ يدّ المستأجر ليست يدّ المالك، ولا بُدّ من الردّ إليه بعد التعدي، وبالعود لا يكون رادًا لها إليه، بخلاف المودع، فإنّ يده يدّ المالك في الحفظ، فإذا عاد المودع إلى الوفاق عاد إلى يد المالك حكمًا.

(ولو بدل سرجها بإكاف) يعني: لو أكثرى دابةً بسرجها، فنزع السرج، وأوكفها بإكافٍ (توكفُ بمثلها) الحمُر، فهلكت، (فهو ضامنٌ) عند أبي حنيفة كلّ قيمتها. (وقالا: بقدر الزيادة) يعني: يضمن ما زاد ثقلُ الإكاف على السرج وزناً، حتى لو كان السرج أربعة أمناء والإكاف ثمانية؛ يضمن نصفَ قيمتها. وقيل: يعتبر⁴ زيادته من حيث المساحة، حتى لو كان السرج ثلاثة أشبارٍ والإكاف أربعة؛ يضمن ربعها.

قيّد بالتبديل؛ لأنه لو استأجرها غريباً ليركب إلى خارج المصر، فأسرجها؛ لا يضمن اتفاقاً، وإن استأجرها ليركب في المصر، فإن كان من الأشراف لا يضمن أيضاً؛ لأن مثله لا يركب من غير سرج، فيكون إذناً به دلالةً، وإن كان من الأسافل يضمن.

وقيّد بتبديل سرجها بإكاف؛ لأنّها لو كانت مركفةً، فبدل إكافها بالسرج؛ لا يضمن اتفاقاً؛ لأنه أخفّ من الإكاف، ولو بدل سرجها بسرجٍ مثله فهلكت؛ لا يضمن اتفاقاً؛ وإن كانت لا تسرج⁵ بمثلها يضمن اتفاقاً. من «الحقائق»⁶.

لهما: إنّ الإكاف من جنس السرج، فيكون مأذوناً فيه، إلا أنّ فيه زيادةً على السرج، فيضمن قدر الزيادة.

وله: إنّ الإكاف ليس من جنس السرج؛ لأن الإكاف للحمل، وينبسط على ظهر الدابة، والسرج للركوب، ولا ينبسط كذلك⁷، فكان مخالفاً باستعماله، فيضمن.

1 ح: من.

2 ح: فيقبل.

3 ح: فيصير.

4 د: تعتبر.

5 د: يسرج.

6 د - من الحقائق.

7 د: كذا.

(ولو استأجر فسطاطاً) وهو الخيمة العظيمة، (فدفعه إلى آخر) إجارةً أو إعارَةً، فنصبه وسكن فيه، فهلك (بضمه) أي: أبو يوسف الدافع؛ لأن الناس متفاوتون في نصبه وضرب أوتاده، فصار كاللبس إذا دفعه إلى آخر فهلك. (وخالفه) أي: قال محمد: لا يضمن؛ لأنه للسكنى، والناس لا يتفاوتون فيه، فلا يضمن، كالدار المستأجرة للسكنى إذا دفعها إلى غيره.

(وأجزنا للجَمال ورب الدار المطالبة بكلّ مرحلة ويوم) يعني: إذا وقعت الإجارة على قطع المسافة كالجمال؛ يجوز له أن يطالب حصّة بعض المسافة إذا قطعها كمرحلة، أو على المدّة، كما في إجارة الدار إلى شهرٍ، فللمؤجر أن يطالب أجره بعض الماضية كيوم.

قيّد بمرحلة ويوم؛ لأن حصّة ما دونهما لا يعرف إلا بحرج، فلم يُعتبر.

(إلا لتوقيت) يعني: إذا ذكر في العقد وقتاً لطلبه، كنصف الطريق أو نصف الشهر؛ لم يكن له أن يطالب قبله. وقال زفر: لا يجوز لهما طلب الأجر إلا بعد انتهاء السفر وانقضاء المدة.

قيّد بالجمال ورب الدار؛ لأنه ليس لسائر العمّال كالخياط والقصار طلب أجرٍ إلا بعد الفراغ من العمل اتفاقاً.

له: إن المعقود عليه جملة المنافع، فلا يطالب بدلها حتى يسلم إليه جميعها كسائر العمال.

ولنا: إنه استوفى بعض المنافع، فيجب بقدره من البدل تسويةً بين العاقدين، كما لو قبض بعض المبيع واستهلكه.

(ويطالب القصار ونحوه بالفراغ) من العمل الذي استؤجر له، ولا يطالب قبله، (إلا بشرط التعجيل)؛ لأن بعض العمل غير منتفع به، ولا يصير مسلماً إلى صاحبه وإن عمل في بيت المستأجر. هذا هو المفهوم من «الهداية». وفي «الذخيرة»: إذا خاط البعض في بيت المستأجر يجب له الأجر بحسابه؛ لأن بخياطته في منزل المستأجر يحصل التسليم، كما لو استأجر إنساناً ليني له حائطاً، فبنى بعضه، ثم انهدم، فله أجر ما بنى.

(ويفرغ الخباز) هذا شروع لبيان فراغ الأجير في الأعمال الذي يستحق به المال، (في بيت المستأجر بإخراجه) أي: بإخراج الخبز (من الثور)؛ لأن المستأجر ينتفع به بعد الإخراج، (وفي بيته) أي: في بيت الخباز (بالتسليم)؛ لأن نفس الإخراج من الثور لا يكون تسليمًا.

وفي «الفتاوى»: لو لم يسلم الطحان الدقيق بعد الطحن مع القدرة عليه، فسرق منه؛ يضمن بعد أخذ الأجرة، طلبه المالك منه أو لم يطلب، وقبله لا.

(والطباخ) أي: يفرغ الطباخ (للوليمة) وهي طعام العرس (بالغرف) بفتح العين المعجمة مصدر، أي: بإخراج الطعام من القدور إلى القصاب؛ لأن الانتفاع بطبخه إنما يحصل بالغرف عرفاً.

قيّد بالوليمة؛ لأنه لو استؤجر لطبخ قدرٍ خاصٍ؛ فغرفه ليس عليه. كذا في «المحيط».

والمرجع في الجميع العرف.

(والفراغ) أي: فراغ الأجير لضرب اللبن (من ضرب اللبن) وهو بكسر اللام وفتحها ويسكون الباء فيهما. كذا في «البدرية».

(بإقامته) أي: بإقامة اللبن عن محلّه عند أبي حنيفة، حتى لو فسد بالمطر قبلها فلا أجر له. (وقال: بتشريحه) أي: بنقل اللبن من مكانه، حتى لو فسد بعد الإقامة وقبل النقل فلا أجر؛ لأن عمله إنما يتم بالنقل؛ إذ ربما يفسد بدونه، والعرف شاهدٌ عليه.

وله: إن نفس الفراغ يحصل بإقامته، ولهذا ينتفع به بعدها، والتشريح عملٌ زائدٌ، فلا يجب عليه؛ كالتنقل إلى بيته.

هذا إذا ضرب اللبن في ملك المستأجر، فإن ضربه في ملك نفسه؛ لا يجب الأجر عنده إلا بالعدّ عليه بعد إقامته، وعندهما بالعدّ عليه بعد التشريح. كذا في «النظم».

(ويحبس العين على الأجرة من له فيها تأثير) أي: الصانع الذي له أثرٌ في العين كالقصار والصبّاح يجوز له حبس العين لاستيفاء الأجرة؛ لأن المعقود عليه. وهو الصبغ مثلاً. وصفت قائم بالثوب، فله أن يحبسه للبدل كالمبيع.

وفي «النهاية»: هذا إذا استعمل القصار النشاء، وأما إذا أزال الدرّن فقط؛ فليس له حقّ الحبس عند بعض المشايخ. وفي «الجامع الصغير» لقاضيخان: الأصح: أنّ له حقّ الحبس على كل حال؛ لأنّ البياض كان هالكاً بالاستتار، فإنما ظهر بعمله.

وفي «الخلاصة»: هذا إذا عمل في دكانه، أمّا إذا عمل في بيت المستأجر؛ فليس له حقّ الحبس.

احتراز بقوله: «من له فيها تأثير» عمّن لا أثر له فيها كالحمال، فإنّه لا يحبس العين للأجرة؛ لأن أثر عمله غير قائم بالعين، فانتفت ولايته عنها¹.

ثم إن حبس، فضاغت؛ فلا ضماناً عليه عند أبي حنيفة؛ لأنّه أمانة، ولا أجر له؛ لهلاك المعقود عليه قبل التسليم، وعندهما: يضمن قيمتها غير معمول، فلا أجر له، أو يضمن قيمتها معمولاً، فله الأجر.

(ولا يستعمل) الصانع (غيره إن شرط عمل نفسه)؛ لأن عمله يكون هو المعقود عليه. (فإن أطلق) العقد، ولم يقيد بعمله (جاز) استعمال غيره؛ لأن المعقود عليه يكون عملاً في الذمة، فيمكن إيقاؤه² بنفسه وبغيره.

(ولا يضمن الأجير الخاص المستحق للأجرة) وهذه صفة كاشفة، يعني: الأجير الخاص؛ هو الذي يستحق الأجرة (بتسليم نفسه) في المدة، عمل أو لم يعمل؛ لأن العقد فيه واقع على المدة ولو ذكر معها العمل، وقال: استأجرتك شهراً لرعي الغنم؛ يكون ذكره لبيان غرضه، لا لكونه مقصوداً. سمي خاصاً؛ لأنّه في تلك المدة لا يجوز عمله لغيره، وأما لو³ قال: استأجرتك لرعي الغنم شهراً، فلا يكون أجيراً خاصاً؛ لأنّه أوقع العقد على العمل، إلا أن يشترط أن لا يرعى غنم غيره. كذا في «المحيط».

وذكر في «الخانية»: رجل أعطى رجلاً درهماً ليعمل له يومين، ولم يذكر العمل؛ لم يصحّ الإجارة، فإن عمل يوماً وامتنع عن العمل في اليوم الثاني؛ لا يُجبر على العمل لفساد الإجارة، وإن سمي له عملاً معلوماً جازت، ويجبر على العمل، وإن فسح الإجارة؛ فعليه أجر مثل ما مضى⁴، وبعدهما مضى يومان لا يطلب منه العمل لانتهاء الإجارة.

(مطلقاً) أي: لا يضمن سواء تلف العين بعمله أو بغيره؛ لأن يده يد أمانة، ومنافعه مملوكة له، فصار هو نائباً منابه في الفعل، فلا يضمنه إلا إذا تعمّد الفساد.

(والمشترك المستحق بالعمل) يعني: الأجير المشترك؛ هو الذي لا يستحقّ الأجر حتى يعمل كالقصار. سمي مشتركاً؛ لأن له أن يعمل للعامّة (أمين في السلعة) يعني: إذا هلك المتاع في يده أو في يد تلميذه بلا تعدّ وعمل فيه لا يضمنه عند أبي حنيفة. وقال: يضمنه، لكن إذا ضمن أستاذه لا يرجع على تلميذه بما ضمن؛ لأنّه أجير خاص في حقه.

وفي «المحيط»: الخلاف فيما إذا كان الإجارة صحيحة، وإن كانت فاسدة؛ لا يضمنه اتفاقاً؛ لأن العين حينئذ تكون⁵ أمانة؛ لكون المعقود عليه. وهو المنفعة. مضمونة بأجر المثل.

إنما لم يضمن عنده إذا لم يشترط عليه الضمان، وإن شرط أن يضمن لو هلك عنده يضمن اتفاقاً. كذا في «الجامع الصغير»⁶. وذكر في «الخانية» و«التتمة»: الفتوى على أنه لا يضمن، سواء شرط الضمان أو لم يشترط.

وفي «الظهيرية»: اختار المتأخرون الصلح على نصف القيمة. **لهما:** إن الحفظ مستحقّ عليه كالعمل؛ إذ لا يمكنه العمل إلا به، فإذا هلك بسبب الاحتراز عنه يضمنه كالمودع بأجر، وبه يفتى.

وله: إن المقبوض أمانة عنده لقبضه بإذن المالك، فلا يضمنه بلا تعدّ فيه، والحفظ مستحقّ عليه تبعاً؛ لأن المذكور في العقد العمل لا الحفظ، بخلاف المودع بأجر؛ لأن الحفظ صار مقصوداً لكون الأجر يقابله.

وفي «الفتاوى الصغرى»: لو خلط الراعي المشترك الغنم بغيره؛ فالقول له في التعيين⁷ مع يمينه، وإن جهل؛ فهو استهلاك يضمن قيمة الكل. ولو نذ غنم، فخاف أن يضيع الباقي إن طلبه؛ لا يضمن، ولو ذبح غنماً لا يرجى حياته لا يضمن، وكذا الأجنبي في الصحيح. ولو كان بقاراً، فأدخل البقور في السكك، فضاع إحداها قبل أن تصل إلى منزل صاحبها، وكان المتعارف ذلك لا يضمن، وإن قال صاحب البقرة: ما جئت بها إلى السكك؛ يحلف البقار، ولا⁸ يضمن.

1 د: عينها.

2 د: إيقاؤه.

3 د: ولو.

4 د - فعليه أجر مثل ما مضى.

5 ح: يكون.

6 د - الصغير.

7 د + له.

8 د: وإلا.

(وَضْمَانَهُ) أي: الأجير المشترك (ما أتلفه بعمله) كما إذا دقَّ القصارُ الثوبَ، فخرق، أو زلق¹ الحمالَ، ففسد المحمولُ ونحوهما. وقال زفر: لا ضمان عليه.

أقول: لو قال: تلف بعمله؛ لكان أولى وأخصر؛ لأن صيغة «أتلف» يجيء متعدياً غالباً ودألاً على العمد. وزفر معنا في تضمينه، تدلُّ عليه المسألة الآتية.

قيد بالأجير المشترك؛ لأن الأجير الخاص لا يضمن اتفاقاً.

وقيد بعمله؛ لأنه لو تلف بلا صنعه؛ فهو مختلف فيه كما سبق.

(إلا ما غرق من آدمي بمده) أي: بمدّ الملاح حبل السفينة، (أو سقط من دابة) يعني: لو كان في السفينة أو على الدابة عبدٌ، فمات العبدُ بعمل الأجير المشترك؛ لا يضمن العبدُ اتفاقاً؛ لأن ضمانَ الآدمي لا يجب بالعقد، بل بالجناية، ألا يرى أنه يجب على العاقلة؟ وضمانُ العقد لا يجب عليهم.

وفي «المحيط»: لو كان على الدابة عبدٌ ومتاعٌ، فهلكا؛ إنَّما يضمن المتاعُ عندنا إذا لم يكن العبدُ صالحاً لحفظ المتاع، وإن كان صالحاً لا يضمن المتاعُ أيضاً؛ لأنه يكون في يد العبد، ويُدَّه كيد المولى، فصار كما لو كان وكيل المولى مع المتاع. لزر: إنَّه عمل بإذن المالك، فلا يضمن ما تلف به.

ولنا: إن المأذونَ فيه العملُ المصلحُ دون المفسد، فيضمن؛ لأنه أتلف مالَ الغير بغير إذنه.

هذا إذا لم يكن صاحبُ المتاع في السفينة، وإن كان هو أو وكيله فيها لا يضمن؛ لأنه لم يسلم المتاع إلى الملاح، وكذا لو كان صاحبُ المتاع راكباً على الدابة، وصاحبُ الدابة يسوقها، فسقطت الدابة، وفسد شيءٌ من المتاع؛ فلا ضمانُ على صاحبِ الدابة اتفاقاً. من «الحقائق»².

(ولو كسر الحمالُ عمداً ما حمّله في بعض الطريق) قيد بقوله: «عمداً»؛ لأنه لو كان خطأً لا ضمان عليه عند زفر لما مرَّ. (أو انكسر لوقوعه) أي: لوقوع الحمال عن زلق في بعض الطريق، أو لوقوع المحمول من غاربه بانقطاع الحبل؛ يضمن؛ لأن كلَّ ذلك من قلة اهتمامه، فكان من صنعه³، فصار في معنى العمد، وينبغي أن يحمل الوقوع على هذا، وإلا؛ لا يصحَّ قوله: «خيرنا»؛ لأنه لو وقع من الازدحام بلا تفريط منه؛ فلا يضمن عند أبي حنيفة خلافاً لهما.

وفي «الخلاصة»: وكذا يضمن إذا ساق المكارى دابته، فعثرث، فسقطت الحمولة.

(خيرنا المالك إن شاء ضمّنه قيمته غير محمول) أي: ضمن الحمالُ قيمته في المكان الذي حمل منه، (ولا أجر له، أو في موضع الكسر) أي: إن شاء ضمّنه قيمته في مكان كسره، (وله أجرٌ ما حمل) بحسابه، حتى لو كان حمل إلى نصف الطريق أعطاه نصف أجره. (لا هذا فقط⁴) يعني: قال زفر رحمه الله: يُضمنه قيمته في مكان كسره بلا خيارٍ، وله أجرٌ ما حمل⁵. قيد بقوله: «في بعض الطريق»؛ لأنه لو زلق رجله بعدما انتهى إلى المكان المشروط، ثم انكسر الدنُّ؛ فله الأجر، ولا ضمان عليه. كذا في «الفصول».

له: إنَّه أتلفه في هذا المكان، فيضمن قيمته فيه، إلا أنه أوفى بعض العمل، فيستحقُّ الأجر بقدره⁶.

ولنا⁷: إنَّ الحمالَ وافق المالك من وجهٍ؛ لأنه حمل بأمره، وخالفه من وجهٍ؛ لأنه أمره بالحمل إلى مكانٍ معين، ولم يأت به، فنتخير⁸ المالك إن شاء مال إلى جهة وفاقه، وضمّنه قيمته موضع إتلافه، وأعطاه الأجر بحسب ذلك، وإن شاء مال إلى جهة خلافه، وضمّنه قيمته في المكان الذي حمل منه، ولا أجر له؛ لأنه لم يسلم العمل إليه.

1 د: لزق.

2 د - هذا إذا لم يكن صاحب.

3 د: صنيعه.

4 د - فقط.

5 د - وله أجر ما حمل.

6 د: له: إنه أتلفه، ويعطيه حصة ما حمل من الأجر؛ لأنه استوفى بعض منافعه، فقط يعني: لا يضمنه إذا انكسر لوقوعه لانعدام تفريط منه.

7 د: لنا.

8 د: فتخير.

(ولا يضمن الفسّادُ) إذا هلك المفصودُ بالسراية؛ لأن منشأها ضعفُ المزاج، وذا خفي عنه، بخلاف دقِّ الثوب؛ لأن قوته ورقته يعرف بالحسن. (إلا أن يتجاوز المعتاد) لأنه إذا تجاوز ظهر منه التّقصيرُ.

(والمستأجرُ) بفتح الجيم (لإيصال كتابٍ) إلى فلان، (وردّ جوابٍ) أي: لإتيان جوابه منه، (يعود به) أي: حال كونه يعود بالكتاب إلى من استأجره (لكونه ميثًا) أي: لوجدانه ذلك الحي¹ ميثًا، الجارُّ والمجرورُ متعلقٌ بـ«يعود». وفي «المصنفى»: لو كان الفلأنُ غائبًا أو حاضرًا، ولم يدفع إليه الكتاب؛ فالحكمُ فيه كما وجدته ميثًا. (لا أجر له) عند أبي حنيفة (مطلقًا) أي: أجر ذهابه وأجر إيباه. (وقالا: عن العود) أي: لا أجر له عن عوده، بل له أجرُ ذهابه.

قيّد بإيصال كتابٍ؛ لأنه لو استأجره لإيصال طعامٍ إلى فلانٍ، فوجده ميثًا، فردّه إلى المستأجر، أو نسي الكتابَ في موضعه، ولم يوصله؛ لا² أجر له اتفاقًا.

وقيّد بقوله: «ورد جواب»؛ لأنه لو لم يكن مشروطًا في العقد وترك الكتابَ ثمة ليوصلَ إليه؛ يستحق تمامَ الأجر اتفاقًا. وقيّد بقوله: «يعود به»؛ لأنه لو ترك الكتابَ في يد وارثه أو وصيه يستحقُّ أجرَ الذهاب اتفاقًا؛ لأن عمله لم ينتقض بإعادته. لهما: إن نقلَ الكتابَ ليس بعملٍ ذي مشقةٍ، فلم يقابل الأجر به، وإنما قوبل بقطع المسافة، وهو حاصلٌ له في الذهاب، بخلاف نقل الطعام؛ لأنه عملٌ ذو مشقةٍ مقابلٌ بالأجر، وقد نقضه بالردّ.

وله: إن المقصودُ من الكتاب حصولَ العلم بما فيه، فإذا عاد بالكتاب؛ فقد نقضه، فلا يستحقُّ الأجر، بخلاف ما لو ترك الكتاب؛ لأن الحملَ لم ينتقض فيه بالعود.

وفي «الذخيرة»: إن قال: استأجرتك من المصّر لتحمل الحنطة من القرية، فذهب، ولم يجد فيها حنطة؛ يجب أجرُ الذهاب، وإن قال: استأجرتك لتحمل من القرية؛ لا يجب شيءٌ؛ لأن العقدَ في الأول على الذهاب والحمل، وفي الثاني على الحمل فقط. (أو طعام) يعني: المستأجرُ لإيصال طعامٍ إلى موضع كذا إذا حمّله إليه، (فردّه) أي: أعاده إلى المكان الأوّل، (استقطنها) أي: الأجرَ لنقضه عمله بالردّ. وقال زفر: له الأجرُ؛ لأنه أتى بما التزمه بالعقد.

(ولا يسافرُ بعبدٍ استأجره للخدمة)؛ لأن خدمةَ السفر أشقُّ، فلا يتناولها إطلاقًا للخدمة؛ لأن المتعارفَ فيه خدمةُ الحضر، ولو سافر به ضمّن؛ لأنه صار غاصبًا. (إلا بشرط) يعني: إنما يجوز السفرُ به إذا شرط خدمته للسفر في عقد الإجارة. (ولو غصبه) أي: عبدًا، (فأجر العبد نفسه) أي⁴: وقبض الأجر، (فأثلف الغاصبُ أجرته؛ فهو) أي: الغاصبُ (بريء) عن ضمانها للمالك عند أبي حنيفة. وقالوا: عليه ضمانها.

قيّد بإجارة العبد؛ لأنه لو آجره للغاصب لا يضمن اتفاقًا. وقيّد بالإتلاف؛ لأن أجرته لو تلفت لا يضمن الغاصبُ اتفاقًا. لهما: إنّه أثلّف ملكَ الغير بغير إذنه، فعليه أن يضمن. وله: إنَّ وجوبَ الضمان يعتمدُ التقوُّم، والتقوُّمُ يعتمدُ الإحراز، وهذا غيرُ محررٍ في حقِّ الغاصب؛ لأن العبدَ لا يحرز نفسه عنه، فكيف يحرز ما في يده؟ ولا في حقِّ المالك؛ لأن يد الغاصب مانعةٌ عنه.

(فصل) فيما يجوز من الإجارة وما يفسد منها

(ويفسد بالشروط) التي لا يقتضيها العقد ولا يلائمها كما يفسد البيع. (ويجب أجرُ المثل) إذا فسدت. وفي «المحيط»: ما أخذته الزانية، إن كان بعقد الإجارة؛ فحلالٌ عند أبي حنيفة؛ لأن أجرَ المثل في الإجارة الفاسدة طيبٌ وإن كان السببُ حرامًا، وحرامٌ عندهما، وإن كان بغير عقدٍ؛ فحرامٌ اتفاقًا؛ لأنها أخذته بغير حقِّ. (ولا نتجاوز به المسمّى) أي: أجرُ المثل لا يتجاوز من الأجر المذكور في العقد عندنا. وقال الشافعي: يتجاوز بالعنا ما بلغ، كما تجب القيمةُ بكمالها في بيع الأعيان إذا فسدت.

1 د: الفلان.

2 ح: فلا.

3 ح - إنما.

4 د - أي.

ولنا: إنَّ المنافع غير متقومة لكونها غير محرزة، وإنَّما اعتبر قيمتها في العقد بما سَمَّياه لضرورة تجويزه، فإذا فسد اعتبر قيمتها في قدر المسمَّى كالصحيح، وفيما وراءه كأنَّها تلفت بغير عقد، وتقوُّم الأعيان أصلي لا ضروري، فلا يقاسُ عليه. وفي «الخلاصة»: هذا إذا كان الفسادُ لجهالة الوقت، وكان المسمَّى معلومًا، وأمَّا لو كان الفسادُ لجهالة المسمَّى، كما إذا جعل الأجرَ ثوبًا؛ يجب أجرُ المثل بالعمَّا ما بلغ.

وفي «المحيط»: لو استأجر دارًا كلَّ شهرٍ بعشرةٍ على أن يعمرها؛ فهو فاسدٌ يجب فيه الأجرُ بالعمَّا ما بلغ؛ لأنَّه رضي هنا ببذل الزيادة على المسمَّى، بخلاف غيرها من الإجارة الفاسدة؛ لأنَّه لم يرضَ بالزيادة عليه. (إجارة المشاع) سواءً كان يحتمل القسمة أو لا، بأن يؤجر نصيبه من دارٍ مشتركةٍ من غير الشريك، (فاسدة) عند أبي حنيفة، والفتوى على قوله، وحيلة جوازها عنده: أن يلحقها حكمُ حاكم. من «الحقائق»¹. (إلا من الشريك) أي: شريك المؤجر في العين المستأجرة، فإنَّ أجزائها منه جائزة اتفاقًا إن بين نصيبه، وإن لم يبين لا يجوز في الصَّحيح².

اعلم أنَّ الخلافَ فيما كان مشاعًا وقت العقد، وأمَّا إذا كان شيوعًا طاريًا، كما لو آجر دارًا، ثم تفسدًا في النصف؛ لا يبطلُ في النصف الآخر اتفاقًا في ظاهر الرواية، وعن أبي حنيفة: إنَّ الطارئَ والمقارنَ سواءً. ولو كان البناءُ لرجلٍ والعرضُ وقفًا لآخر أو ملكًا، فأجر صاحبُ البناء بناءه، قيل: لا يجوز؛ لأنَّه في معنى المشاع، والفتوى على أنَّه يجوز. (وأطلقا جوازها) فينهايان، ويجبران على ذلك، ويجب المسمَّى³.

أقول: لو قال: وإجارة المشاع من غير الشريك فاسدة؛ لكان أخصرَ، ولم يحتجْ إلى إرداف قولهما. لهما: إنَّ للمشاع منفعةً، وتسليمه ممكنٌ بالتخلية، والانتفاعُ به بالتهاؤ، فيجوز كبيع المشاع، وكما لو آجر من شريكه⁴. وله: إنَّ الإجارة لانتفاع بالعين المستأجرة، وذلك لا يتصورُ في المشاع، بخلاف بيع المشاع؛ لأنَّ المقصودُ فيه ملكُ الرقبة، وبخلاف ما لو آجر من شريكه؛ لأنَّ كلَّ المنفعة يحدث على ملكه بلا شيوع⁵، ولا يعتبرُ اختلافُ السبب عند اتحاد الحاجة. (ولو مات أحد مؤجرين⁶ أو مستأجرين أبقيناها في الحي) وقال زفر: يفسدُ في كليهما؛ لأنَّه صار إجارة المشاع. ولنا: إنَّ هذا الشيوع طارئٌ، وهو غيرُ مفسدٍ؛ لأنَّه إنَّما كان يفسدُ لكونه مانعًا من القبض، وإذا حصل له لا يضرُّه، والشيوعُ الثابت قبل العقد إنَّما كان يفسده؛ لأنَّ الانتفاع بالجزء الشائع غيرُ ممكنٍ إلا بتسليم الباقي، فكأنَّ العقدَ شرط به تقديراً، وهذا المعنى غيرُ موجودٍ في الطاري، فلا يفسده.

(إجارة طريق غير محدودة للمرور فاسدة) يعني: من استأجر طريقاً ليمرَّ فيه في ملك رجلٍ سنةً بكذا لا يجوز ذلك عند أبي حنيفة، فعليه أجرُ المثل إن مرَّ سنةً. وقالوا: يجوز، فعليه المسمَّى. وفي «العيون»: المختارُ قولهما. قيَّد بقوله: «غير محدودة»؛ لأنَّه لو حدَّها وبيَّن موضعَ المرور وقت العقد يجوز اتفاقًا. وهذا الخلافُ مبنيٌّ على الخلاف في إجارة المشاع.

(وإذا استأجر دارًا كلَّ شهرٍ بكذا صحَّ في شهرٍ)؛ لأنَّ كلمة «كلَّ» إذا دخلت فيما لا نهاية له؛ ينصرف إلى الواحد لتعدُّر العمل بعمومها؛ إذ الشهرُ لا نهاية لها، والواحد معيَّن، فيصحُّ العقدُ فيه، فإذا تم الشهرُ؛ فلكلِّ منهما نقضُ الإجارة بشرط أن يكون الآخرُ حاضرًا. كذا في «التبيين».

(إلا أن يعيَّن شهورًا معلومةً) فيصحُّ العقدُ فيها للعلم بالمدة، (فإن سكن ساعةً من الثاني؛ صحَّ فيه) أي: العقد في الشهر الثاني؛ لحصول رضاهما بذلك، وهذا هو القياسُ، وإليه مال بعضُ مشايخنا. (وظاهرُ الرواية) أي: ظاهر المذهب (بقاء الخيار في

¹ د - والفتوى على قوله.

² د: الصلح.

³ د - فينهايان ويجبران على ذلك ويجب المسمَّى.

⁴ ح: لشريكه.

⁵ د: بالشيوع.

⁶ ح: المؤجرين.

الليلة الأولى ويومها) من الشهر الثاني، وبه يفتى، وفي لفظ البقاء إشارة إلى أن خيار الفسخ كان ثابتاً لكلٍ منهما عند تمام الشهر الأول، وإنما اعتبر اليوم والليل؛ لأن رأس الشهر عبارة عنهما عرفاً، وفي اعتبار الساعات حرج.

(أو سنة) أي: إذا استأجر داراً سنة أو شهراً معلومة؛ (صح) العقد (من غير بيان قسط الشهر) أي: حصة كل شهر من الأجرة؛ لأن العلم بالمدة كافٍ، وتقسيم الأجرة إلى أجزائها غير لازم، وابتداء المدة يكون من وقت العقد إن لم يبيناه.

(وكانت) السنة (بالأهله إن كان العقد حين الهلال، وإن كان في أثناء شهر؛ فكلها) أي: كل الشهر تعتبر¹ (بالأيام) عند أبي حنيفة. (وقال: يتم الأول بها) أي: الشهر الأول بالأيام، (والباقى بالأهله)؛ لأن الأصل أن تعتبر² الشهور بالأهله، وقد تعدد ذلك في الشهر الأول، فيكمل بأيام الشهر الأخير، ويعمل في الشهور المتخللة بينهما بالأصل.

وله: إن الشهر الأول لما وجب تنميته بأيام الشهر الذي يليه يبدأ الثاني بالأيام أيضاً، فيعتبر هكذا إلى آخر المدة، فعلى هذا الطريق العدة وأجل البيع ونحوهما.

(ومن استأجر جملاً لمحمل، وراكبين إلى مكة جاز) وكان القياس أن لا يجوز لجهالة المحمل، لكن جوز استحساناً. (وتعين المعتاد) من المحمل؛ لأن المقصود هو الركوب، والمحمل من توابعه، فيصرف إلى المتعارف. (ولو شوهده) أي: شاهد الجمال المحمل (كان أجود)؛ لأنه أقرب لحصول الرضا.

(أو لزاد) أي: إذا استأجر جملاً لحمل زاد (معلوم) مقداره، فأكل منه في الطريق، (فنقص؛ رد مثله) أي: جاز له أن يرد عوض ما نقص؛ لأن عليه أن يحمل ذلك المقدار في جميع الطريق.

(أو ذمي) أي: إذا استأجر ذمي (مسلماً لحمل خمر، أو داره لبيعهها فيها) أي: إذا استأجر ذمي دار مسلم لبيع خمر فيها، (فهو) أي: العقد (مكروه) عند أبي حنيفة. (وقال: فاسد).

قيّد بالذمي؛ لأن المسلم لو استأجر مسلماً لحمل المغصوب أو المسروق لم يجز اتفاقاً؛ لأن نقل مال الغير بغير إذنه معصية، ولأن المجوسي إذا استأجر مسلماً ليوقد النار يجوز اتفاقاً؛ لأن التصرف في النار مباح.

وقيّد بالخمر؛ لأنه لو استأجر مسلماً لحمل مية يجوز اتفاقاً؛ لأن المية تؤذي الناس، والظاهر أن حمله يكون لإمطة الأذى، فيكون مباحاً.

وقيّد بقوله: «لبيعهها»؛ لأنه لو استأجر ذمي دار مسلم ليتخذ فيها مصلى لنفسه لم يمنع اتفاقاً؛ لأنه ليس فيه إحداث بيع. كذا في «المحيط».

لهما: إن حملها للشرب معصية عند الأجير، فيكون استجاراً على المعصية، كاستجار المغنية والنائحة، وقد ثبت أنه صلى الله عليه وسلم لعن حامل الخمر³.

وله: إن حملها للذمي، والتحريم غير نازل في حقه، ولهذا لو أتلف المسلم عليه الخمر يضمن، فيحمل لعن حاملها على أن يكون المحمول إليه المسلم.

(وأجاز الإجارة لاستيفاء القصاص) يعني: من له القصاص على آخر إذا استأجر رجلاً ليستوفيه منه؛ جاز عند محمد خلافاً لهما.

المراد به: قصاص النفس؛ لأن الاستجار لقصاص في الطرف جائز اتفاقاً؛ لأن الأطراف لها حكم الأموال، حتى جاز القضاء بالنكول فيها.

له: إنه إجارة على عمل معلوم مشروع، فجاز كذب الشاة.

ولهما: إن الإجارة جوزت على خلاف القياس للتعرف باعتبار الحاجة، ولا⁴ تعارف هنا، فبقي على عدم الجواز.

1 ح: يعتبر.

2 ح: يعتبر.

3 سنن أبي داود، الأشربة 2؛ سنن الترمذي، البيوع 59.

4 ح: فلا.

وفي «المحيط»: لو استأجره القاضي للقصاص؛ فله أجرٌ المثل، ولو استأجره من له القصاص؛ فلا أجر له؛ لأن الاقتصاص في حق القاضي يصلح أن يكون معقوداً عليه من وجهٍ تبعاً للإجارة على القيام في مجلسه، ولا كذلك غير القاضي، فإنه لو استأجره ليقوم في بيته ليس له ذلك، فليس له أن يأمره باستيفاء القصاص، فلم ينعقد أصلاً.

(ولو قال) لخياط: (إن خطته فارسياً فبدرهم) أي: فلك درهم، الباء زائدة، أو معناه: فخط بدرهم، (أو روميًا) أي: قال إن خطته روميًا (فبدرهمين، أو اليوم) أي: إن قال: إن خطته اليوم (فبدرهم، أو غدًا) أي: إن خطته غدًا (فبنصف) أي: نصف درهم، (أجزناه) واستحق ما سماه المستأجر بأيّ العملين عمل. وقال زفر: لا يجوز مثل هذا العقد؛ لجهالة المعقود عليه في المسألة الأولى، وجهالة الأجرة في الثانية.

ولنا: إن هذه الجهالة لا يفضي إلى المنازعة؛ لأن بالعمل يتعيّن المعقود عليه والأجر أيضاً، وصار كبيع أحد هذين الثوبين على أنه بالخيار في تعيين أحدهما.

(لكن شرط اليوم صحيح) عند أبي حنيفة، فإن خاطه اليوم فله درهم، وشرط الغد غير صحيح، (فيجب بالخيطة غداً أجر مثله لا يتجاوز المسمى) كما هو العادة عندنا في الإجارة الفاسدة. (وأجازاهما) أي: أجازا شرط اليوم والغد؛ لأن ذكر اليوم للتأقيت، وذكر الغد للتعليق، فوجد في كل واحدٍ من الوقتين تسميةً مقصودةً، فصارا عقدين.

وله: إن ذكر اليوم للتأقيت حقيقة، لكن زيادة الأجر في خيطة اليوم دلّت على أن المراد منه: التعجيل مجازاً، وأما ذكر الغد؛ فللتعليق حقيقة لا للترفيه مجازاً؛ إذ لو كان كذلك لما نقص الأجر فيه، ولما صار ذكر اليوم للتعجيل، وذكر الغد للتعليق، اجتمع في الغد تسميتا درهم ونصف درهم، ففسد العقد فيه لجهالة الأجر، فوجب أجر المثل.

أقول: لو قال: ذكر الغد فاسد؛ لكان أولى وأخصر، وإنجاز وعده أوفر؛ لأنه هو محل الخلاف، وشرط اليوم صحيح اتفاقاً. (أو إن سكنت) أي: إن قال: إن سكنت هذه الدار (عطاراً) أي: حال أن تكون عطاراً (فبدرهم، أو حداً فبدرهمين، فهو) أي: العقد (جائز) عند أبي حنيفة. وقالوا: لا يجوز.

له: إن سكناه فيها حداً غير سكناه عطاراً، فصار مختيراً بين عقدين مختلفين، فصحّ اعتباراً بالرومية والفارسية. ولهما: إن المعقود عليه. وهو السكنى. شيء واحد، وقد ذكر في مقابلته بدلان، فيفسد العقد بخلاف الرومية والفارسية؛ لأن كلاً منهما عمل مخالف للآخر.

وإن لم يقع السكنى في الصورة المذكورة حتى انقضت المدّة وجب الأقل للتيقن، وقيل: يجب من كل مسمى نصفه. (ولو استأجره ليخيط له ثوبه اليوم بدرهم؛ فهو) أي: العقد (فاسد) عند أبي حنيفة. وقالوا: جائز؛ لأن ذكر اليوم للتعجيل، كما في قوله: إن خطته اليوم فلك درهم، فيكون المعقود عليه هو العمل، حتى لو عمل بعد اليوم؛ فله ما سماه من الأجر.

وله: إن اليوم إن كان ظرفاً لاستأجرت يكون أجيراً خاصاً يستحق الأجرة بتسليم نفسه، عمل أو لم يعمل، وإن كان ظرفاً ليخيط؛ يكون المعقود عليه العمل لا يستحق الأجر¹ ما لم يعمل، والجمع بينهما متعلّز، فيفسد للجهالة، بخلاف قوله: إن خطته اليوم؛ لأن المذكور فيه فعل واحد، وهو الخياطة، فيكون معقوداً عليه، وذكر اليوم للاستعجال.

قيل: الخلاف فيما إذا قال: اليوم، وأما إذا قال: في اليوم؛ تعيّن للاستعجال؛ لأنه لا يكون مستوعباً، وأما اليوم؛ فصالح أن يكون ظرفاً مستوعباً تعييناً للمدّة.

(ولو قال: أمرتك أن تخيطه قباء، فقال الخياط): أمرتني أن أخيطه (قميصاً؛ كان القول للمالك مع اليمين)؛ لأنه لو أنكر أصل الأذن كان القول قوله، فكذا² إذا أنكر وصفه، (ويضمّن) المالك (الخياط)؛ لأن المالك إذا حلف كان الخياط متصرفاً بغير إذنه، فيلزمه الضمان، إن شاء ضمّنه، وإن شاء أخذه وأعطاه أجر مثله.

(ولو ادعى) الصانع (العمل بالأجر) وقال له المالك: عملته لي بغير أجر، (فالقول للمالك) مع يمينه عند أبي حنيفة؛ لأن الصانع يدعي الأمر الحادث، وهو العقد، وربّ المتاع ينكره. (ويجعله) أي: أبو يوسف القول (للصانع إن كان حريفاً) أي: خليطاً له

¹ ح: الأجرة.

² ح: وكذا.

بأن كان بين الصانع والمستأجر أخذ وإعطاء؛ لأن عاداته إذا سبقت بالعمل له بأجر يكون كالمنطوق. (وحكم به) أي: محمدٌ يكون القول للصانع (إن صدقه العرف) أي: إذا كانت تلك الصنعة معمولاً بالأجرة في العادة؛ لشهادة الظاهر لدعواه.

(ولو استأجره لحمل طعامٍ مشتركٍ بينهما) أي: بين المؤجر والمستأجر (نفسه، ولا نوجب شيئاً) من الأجر وأجر المثل. وقال الشافعي: يجوز، ويجب المسمى؛ لأنه استأجره على عملٍ معلومٍ في نصيبه، فيجوز كما لو كان جميع الطعام له.

ولنا: إن كلَّ جزءٍ يحمله يعمله لنفسه، فلا يتحقق تسليم المعقود عليه ممتازاً، فلا يستوجب به شيئاً.

وفي «المبسوط»: وكذا لو استأجر دابةً شريكاً لحمل طعامٍ مشتركٍ فيه، وعن هذا قالوا: لو دفع أرضه ليغرس شجراً على أن يكون الأرض والشجر بينهما نصفان، أو دفع ابنه إلى رجلٍ ليعلمه² حرفة كذا حتى يعمل له الصبي سنتين، أو دفع بقرته ليرعاها، ويكون اللبن والسمن بينهما نصفين، أو دفع مداً إلى الطحان ليطحن، ويكون الأجر قفيزاً من دقيقه؛ يفسد العقد؛ لأن الأجير في هذه الأشياء يكون عاملاً في شيءٍ هو شريكٌ فيه.

(ويجوز) أبو يوسف (للأم إجارة ابنها وهو) أي: حال كون ذلك الابن الصغير (في عيال عمه. ومنعها) محمد؛ لأنه لا ولاية لها حال قيام العم، فإذا لم يجز له أن يؤجره؛ فلأن لا يجوز لأمه أولى³.

ولأبي يوسف: إن الأم تملك إتلاف منافع ولدها باستخدامه بغير عوضٍ، فبالأولى أن تملك إتلاف منافع بعوضٍ، بخلاف العم؛ لأنه كان لا يملك استخدامه، فلا يملك إيجاره.

ويجوز بالأم؛ لأن الأب لو⁴ أجر ابنه جاز اتفاقاً.

ويجوز بالإجارة؛ لأنها لو استأجرت ابنها للخدمة جاز اتفاقاً، لكن لا يلزمها الأجر؛ لأن خدمة الأم مستحقة على الابن، إلا إذا كان الابن عبداً أو مكاتباً لغيرها، فعليها⁵ الأجر.

ويجوز بقوله: «وهو في عيال عمه»؛ لأنه لو كان في عيالها يجوز اتفاقاً.

ولو استأجر الابن أمه لم يجز حرة كانت أو أمه؛ لأن في استخدامها ترك التعظيم، ولو عملت؛ فلها الأجر. ولو استأجر جدّه جاز. ولو استأجرت زوجها للخدمة يجوز في ظاهر الرواية، ولكن له أن يفسخها ولا يخدمها، ولو استأجرها زوجها للخدمة لا يجوز؛ لأن خدمته مستحقة عليها. كذا في «المحيط».

وفي «التوازل» لو استأجر امرأته لتخبز، إن أراد أن يبيع الخبز؛ فلها الأجر، وإن أراد لياكلوا؛ فلا يجب الأجر⁶.

(ولو كانت له) أي: للمؤجر (أجرة في الذمة) أي: دراهم في ذمة المستأجر، (فصارفه بها) أي: باع الدنانير بالدرهم يبيع الصرف، (ولم يكن) أي: والحال أن المؤجر لم يكن (شرط التعجيل، ولم تنقض المدة) أي: لم تتم مدة الإجارة، (لا يجيزه) أي: أبو يوسف الصرف. (وخالفه) محمد.

ويجوز بالصرف؛ لأنه إذا اشترى المؤجر من المستأجر متاعاً بالأجر يجوز اتفاقاً؛ لأن الأجر كان ديناً، والشرى يتعلق بمثله، فيقع المقاصة بينهما، حتى إن تعدد إيفاء العمل رجع بالدرهم دون المتاع؛ لأن المؤجر ملك المتاع بالشرى، فيعتبر بما لو أوفاه حقيقةً.

ويجوز بعدم اشتراط التعجيل وعدم مضي المدة؛ لأن الصرف بعد مضي المدة واشتراط التعجيل يجوز اتفاقاً.

وفي «المحيط»: إن كانت الأجرة نقرة بعينها لا يجوز المصارفة اتفاقاً؛ لأن الأجرة بمنزلة المبيع، فالاستبدال بالمبيع قبل القبض لا يجوز.

لمحمد: إن إقدامهما على بيع الصرف يدل على أنهما رضيا بتعجيل الأجرة، ثم تصارفا، كمن صارف بالدين المؤجل، فإنه يجوز، ويصير كأنهما رضيا بإسقاط الأجل، ثم تصارفا.

ولأبي يوسف: إن الأجرة قبل مضي المدة أو شرط التعجيل لم يكن واجبةً، والصرف بدينٍ سيجب غير جائز؛ لعدم التقابض، ولا يمكن أن يكون اشتراط التعجيل مقتضى للمصارفة سابقاً عليه؛ لأن المصارفة بدينٍ جائز إذا نقده في المجلس.

1 د - أي: إذا.

2 ح: ليعلم.

3 د - أولى.

4 د + كان.

5 د: فعلية.

6 ح - الأجر.

(ويجوز استئجار الظئر بأجرة معلومة) لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق، 6/65]. (وهو) أي: استئجار الظئر (بطعامها وكسوتها جائز) عند أبي حنيفة استحساناً، ولها الوسط. وقالوا: لا يجوز ما لم يبين قدر الطعام ونوعه وصفته، ولم يبين نوع الثوب وصفته وذرعائه، ويضرب لذلك أجلاً. كذا في «الحقائق».

لهما: إن الأجرة مجهولة.

وله: إن هذه الجهالة لا يفضي إلى المنازعة؛ لجريان العادة بالتوسعة على الظئر، والجري على مرادها شفقةً على الولد. (ولا يمنع الزوج من الوطاء) أي: زوج الظئر من وطئها؛ لأنه حقه، فله نقض الإجارة إن لم يرض بها. هذا إذا كان النكاح بينهما ظاهراً بأن يشتهر بين الناس، وأما إذا ثبت النكاح بالإقرار؛ فليس له نقض الإجارة.

(فإن حبلت وخيف على الرضيع) من لبنها؛ لأن لبن الحامل يضره (جاز الفسخ) كما لو مرضت الظئر، (وتصلح غذاءه) أي: الظئر غذاء الصبي، وتغسل ثيابه عن البول والغائط، لا عن الوسخ وغير ذلك مما هو متعارف على الظئر.

(فإن أرضعته في المدة بلبن شاة؛ فلا أجر لها)؛ لأن هذا إطعام، وليس بإرضاع.

وفي «المحيط»: لو كان إرضاعها مشروطاً، فاستأجرت ظئراً، فأرضعته؛ لا تستحق الأجر؛ لأن لبنها ربماً يكون أجود، وقيل: تستحق؛ لأن التفاوت بين اللبنين يسير.

(ولو آجرت المكاتبه نفسها، ثم عجزت، فردت) إلى الرق؛ (يحكم) أبو يوسف (ببقاء العقد. وأبطله) محمد. ولو آجر المكاتب أمته ظئراً، ثم عجز؛ فعلى هذا الخلاف.

وضع المسألة في «المنظومة» في المكاتبه وأمتها، والمصنف أهل الأمة.

له: إن العقد كان لها لكونها كالحرة يداً، فلما عجزت انتقل العقد إلى المولى، فيبطل، كما لو مات المؤجر، وانتقل العقد إلى الورث.

ولأبي يوسف: إن منافعتها كانت مملوكة لها من وجهٍ لحريتها، ولو عتقت وصارت منافعتها مملوكة لها من كل وجهٍ لا تنفسخ الإجارة، فكذا إذا صارت مملوكة للمولى من كل وجهٍ.

(ويجوز أجره الحمام) مع جهالة قدر المنفعة للعرف وإجماع المسلمين عليه. (والحجام) لما روي أنه صلى الله عليه وسلم احتجم، وأعطى الأجرة¹.

(لا عسب التيس) بالجرح عطف على «الحمام»، العسب: ضرب الفحل، ويجيء العسب بمعنى أجرة ضرب الفحل، فعلى هذا «عسب» مرفوع معطوف على الأجرة، أي: لا يجوز عسب ضرب التيس؛ لتهيئه صلى الله عليه وسلم عن ذلك².

(ولا تجوز) الإجارة (على المعاصي كالغناء والنوح)؛ لأن المعصية لا يستحق بالعقد، وإن قبض الأجر يجب عليه ردُّه على صاحبه.

وفي «المحيط»: إذا أخذ المال من غير شرط يباح له؛ لأنه أعطى المال عن طوعٍ بغير عقدٍ.

(ولا على الطاعات كالحج) والصلاة ونحوهما، (والأذان) لقوله صلى الله عليه وسلم لعثمان بن أبي العاص: «لا تأخذ على الأذان أجراً»³، فيعرف بدلالة هذا النص عدم جواز أخذ الأجر على الحج ونحوه. (والإمامة، وتعليم القرآن) لقوله صلى الله عليه وسلم: «اقرأوا القرآن ولا تأكلوا⁴ به»⁵. (والفقه) عرف ذلك بدلالة النص المذكور.

(وقيل: يفتى بجوازه) أي: بجواز الاستئجار (على التعليم) حتى لو امتنع الوالد عن دفع أجرته للمعلم يحبس فيه، وإن لم يكن بينهما شرطٌ يؤمر بإرضائه. وأما استئجار المصحف وكتاب الفقه؛ فغير جائز لعدم التعارف.

¹ صحيح البخاري، الإجارة 18؛ صحيح مسلم، المساقات 65.

² صحيح مسلم، المساقات 35 بلفظ: «نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع ضرب الجمال». وقد أخرج عبد الرزاق في مصنفه 106/8 بلفظ: «نهى عن شبر الجمال». وقال: يعني بذلك أجر ضرابه. وروي عن البراء بن عازب أنه قال: «لا يحل عسب الفحل». انظر: مصنف عبد الرزاق، 107/8. وروي عن أبي هريرة: «من السحت ضرب الفحل»، انظر: مصنف ابن أبي شيبة، 517/11.

³ سنن أبي داود، الصلاة 39؛ سنن الترمذي، الصلاة 155؛ سنن النسائي، الأذان 32.

⁴ د: يأكلوا.

⁵ مصنف ابن أبي شيبة، 239/5؛ مسند أبي يعلى، 88/3.

(والإمامة والفقه) وبه أخذ الشافعي والمتأخرون من أصحابنا.

أقول: كما رأوا ظهورَ التواني في الأمور الدينية في ذلك الأوان، وتورّ هَمَمُ الأُمراء والأقيال، في إعطاء وظائف العلماء من المال، جَوَزُوا استتجارهم نظرًا لهم في المال، وحذرًا عن إقلال أهل العلم والإخلاق، فكيف يكون في حقبنا حالًا، ونظرُ المملوك من جملتنا خال، وضاع بالكلية ذلك المنوال، ولم يبقَ لهم من دون الله من وال.

(كتاب الشفعة)

وهي¹ تملُّكُ البقعة بما قام على المشتري بالشركة أو الجوار.

(وتجب للخليط) أي: تثبت² الشفعة للشريك (في المبيع) وهذا مقدّم على غيره بلا خلاف؛ لأنّه أقوى لتعلُّق شركته بأجزاء

الملك.

وفي «التبيين»: الشريك في البناء بدون الأرض لا يكون خليطًا في المبيع.

(ثم في حقّه) يعني: إذا سلّم الخليط في المبيع الشفعة يجب للخليط في حق المبيع؛ لأنّه شريك في مرافق الملك، ثم لو كان الخليط في المبيع غائبًا يقضى بالشفعة للخليط في حقّه إذا طلب؛ لأن الغائب يحتمل أن لا يطالب، فلا يؤخّر حقّ الحاضر بالشرك، ثم إذا حضر وطلب الشفعة؛ فُضِيَ له بها، وبعد القضاء له لو ترك شفعتّه ليس للخليط في حقّه أن يأخذها؛ لأنّه بالقضاء للشريك انقطع حقّه وبطل. ولو لم يطلب الخليط في حقّه حين غيبة الشريك، فإذا حضر وسلّم؛ ليس للخليط أن يأخذها. كذا في «القنية».

وفي «شرح الوقاية» للشيخ المعتمد مولانا علاء الدين الأسود تغمده الله بغفرانه: اعلم أنّ في كل موضع سلّم الشريك الشفعة إنّما يثبت للجار حقّ الشفعة إذا كان الجار قد طلب الشفعة حين سمع البيع، وإن لم يكن له حقّ الأخذ في الحال، أمّا إذا لم يطلب الشفعة حين سلّم الشريك الشفعة؛ فلا شفعة له.

(كالشرب والطريق الخاص) قيّد به؛ لأنّهما إذا كانا عامين لم يستحقّ بهما الشفعة. الشرب الخاص: نهْرٌ لا تجري⁴ فيه السفن.

وقيل: ما نفذ ماؤه إلى آخر الأراضي المسقية منه. والطريق الخاص: ما يكون غير نافذ.

(ثم نثبتها للجار) الملازق خلافًا للشافعي.

وفي «الحقائق»: كذا الخلاف في الجار المقابل في السكة الغير النافذة، أمّا الجار المقابل في السكة النافذة؛ لا شفعة له

اتِّفَاقًا.

له: قوله صلى الله عليه وسلم: «إذا قسمت الدار وحددت؛ فلا شفعة»⁵.

ولنا: قوله صلى الله عليه وسلم: «الجار أحقّ بشفعتّه»⁶.

(ولو ذمياً) أي: وإن كان الشفيغ ذمياً. قيّد به؛ لأن ابن أبي ليلى قال: لا شفعة للذميّ. كذا في «الكفاية».

وكذا لو كان مأذونًا أو مكاتبًا؛ لأنّها شرعت لدفع الضرر، والكلّ في ذلك سواء، وحكم الجار مع الخليط في الطلّب كحكم

الخليط مع الشريك.

(ونقسمها على الرؤوس، لا السهام) يعني: الشفعة تثبت⁷ عندنا على قدر رؤوس الشفعاء، وعند الشافعيّ: على قدر سهامهم.

مثلاً: إذا كان دارٌ بين ثلاثة؛ لأحدهم نصفها، وللآخر ثلثها، وللآخر سدسها، فباع صاحبُ النصف نصيبه؛ قضى بالشفعة بين الآخرين أثلاثًا عنده على قدر ملكهما، ونصفين عندنا على قدر رؤوسهما، وإن باع صاحبُ الثلث نصيبه؛ تكون الشفعة بينهما أرباعًا عنده، وإن باع صاحبُ السدس نصيبه؛ تكون الشفعة بينهما أخماسًا؛ لصاحب الثلث خمسها، ولصاحب النصف ثلاثة أخماس. كذا في «المصنف».

¹ د: هي.

² ح: يثبت.

³ د: حتى.

⁴ ح: يجري.

⁵ سنن أبي داود، البيوع 73؛ سنن ابن ماجه، الشفعة 3.

⁶ سنن الترمذي، الأحكام 32؛ مصنف عبد الرزاق، 81/8. ولفظ «أحقّ بسبقه» انظر: صحيح البخاري، الشفعة 2.

⁷ ح: يثبت.

له: إنَّ الشفعةَ من مرافق الملك، فيثبت بقدره كالريح والكسب.

ولنا: إنَّ سببها اتصالُ الملك، وقليلُ الملك ككثيره، ولهذا لو تفرَّدَ صاحبُ القليل؛ فله كلُّ الشفعة، بخلاف الريح والكسب؛ لأنَّهما من نتائج الملك، فيكونان بقدره.

اعلم أنَّ كلاً من الشفعاء قبل القضاء بالشفعة لهم مستحقُّ لمجموع الدَّار المشفوعة، والقسمةُ بينهم للمزاحمة، فينبغي أن يطلب كذلك، حتى لو طلب واحدٌ منهم بعضها بطل شفعتُه عند محمدٍ لِمَا سيجي.

(وتجب) الشفعةُ (بعد البيع الصحيح) قيَّد به؛ لأنَّ الفاسدَ مستحقُّ للفسخ، فلا تثبت¹ فيه الشفعةُ دفْعاً لتقرير فساده. (الخالي عن خيار البائع)؛ لأنه يمنع خروج المبيع عن ملك البائع، فلا يمكن للشفيع التملك.

قيَّد الخيارُ بالبائع؛ لأنَّه لو كان للمشتري؛ فله الشفعةُ اتفاقاً، أمَّا عندهما؛ فلكونه مالِكاً للمبيع وقت الشرى، وأمَّا عنده؛ فلتبوت حقِّ التملك له، وهذا كافٍ لتبوت الشفعة، كما جاز للمكاتب الشفعة. وكذلك خيار العيب والرؤية لا يمنعان من الشفعة.

(وما في معناه) يعني: تجب الشفعةُ بعد ما في معنى البيع، كالصلح على² مال، والهبة بعوض.

(وبسقوط الخيار) يعني: تثبت الشفعةُ بعد سقوط الخيار عن البائع، (والفسخ في الفاسد) أي: بسقوط الفسخ في البيع الفاسد؛ لأنَّ حقَّ الفسخ فيه كان للشَّرع، فإذا تعلق به حقُّ المشتري بالبناء أو الغرس؛ سقط الفسخ، وزال المانع عن الشفعة.

قال المصنِّف في «شرح»: «إنَّما قال: «وتجب بعد البيع»؛ لأنَّه لو قال: بالبائع؛ لكان موهماً أنَّ البيع سببٌ، وليس كذلك، بل البيع شرطٌ، والسببُ الشركةُ بنوعيه أو الجارُ.

أقول: على هذا كان ينبغي أن يقول: وسقوط الخيار بلا باءٍ عطفاً على البيع؛ إذ الباء يوهم أنَّ سقوط الخيار سببٌ.

(فتستقرُّ بالإشهاد)؛ لأنَّ الشفعةَ حقٌّ ضعيفٌ لا بُدَّ من طلب المواثبة ليثبت رغبته في الشفعة، ومن الإشهاد على الطلب ليتمكن إثباتُ طلبه عند القاضي.

(وتملك) الدارُ المشفوعةُ (بالأخذ إذا سلِّمت إليه) أي: سلِّمها المشتري إلى الشفيع؛ لأنَّ الملك ثابتٌ للمشتري، حتى لو أجره يطيب له الأجر، فينتقل³ برضاه. (أو حُكِمَ له) وهو بالجرِّ معطوف⁴ على الأخذ، يعني: يملك الشفيع بأحد الأمرين: إما بالأخذ بالتراضي، أو بحكم الحاكم للشفيع. (بها) أي: بالشفعة، وفائدة هذين القدرين: أنَّ الشفيع إذا مات بعد الطلبين قبل الأخذ أو الحكم لم يورث عنه الدارُ المشفوعة، ولو باعها لا يجوز.

(ولا تجب) الشفعةُ (في غير العقار) لقوله صلى الله عليه وسلم: «لا شفعة إلا في ريعٍ أو حائطٍ»⁵، حتى لو بيع النخلٌ وحده أو البناء وحده؛ فلا شفعة؛ لأنَّهما لا قرارَ لهما بدون العرصه، فكان في معنى المنقول، بخلاف العلوِّ حيث يستحقُّ به الشفعة في السفلى بجواره⁶ إذا لم يكن طريقهما مشتركاً؛ لأنَّ له حقَّ القرار، فألحق بالعقار.

وفي «البدرية»: لو باع العقارَ مع العبيد والدواب تثبت⁷ في الكلِّ تبعاً للعقار.

وفي «التجريد»: لا شفعة في الوقف، ولا بجواره.

(ونبتها فيما لا يقسم) كالبئر والرحى والحمام. وقال الشافعي: لا يثبت الشفعةُ فيها.

وهذا الخلافُ مبنيٌّ على أنَّ الشفعةَ لدفع ضرر القسمة عنده، ولدفع ضرر الجوار على الدوام عندنا.

(والظلة) وهي التي أخذ طرفي جذوعها على حائط الدَّار المبيعة وطرفها الآخرُ على حائط الجار (لا تدخل) عند أبي حنيفة، فلا يأخذها الشفيع، (حتى يقول بكلِّ حقٍّ) هو لها. وقال: يدخل.

أراد بالظلة: ما يكون مفتوحاً في الدار المبيعة؛ لأنَّها لو كانت مفتوحةً إلى غيرها لا يدخل اتفاقاً.

لهما: إنَّ الظلةَ من مرافق الدار ينتفع بها صاحبها، كالكنيف المشروع إلى خارج الدار.

1 ح: يثبت.

2 د: عن.

3 د: تنتقل.

4 ح: عطف.

5 لم نجده في كتب الحديث، وقال الزيلعي: رواه البزار في مسنده ولكن لم أجده فيه ولا في المجمع الزوائد. أخرجه الكاساني في بدائع الصنائع، 12/5.

6 ح: بجواره.

7 ح: تثبت.

وله: إنَّها تبع للدار من وجهٍ وأصلٌ من وجهٍ؛ لأن قرارها بها وبغيرها، فإن قال: بكلِّ حقٍّ لها؛ دخلت، وإلا؛ فلا، بخلاف المقيس عليه؛ لأنَّه لا اتِّصال له بملك الغير.

(وإذا ملك العقار بعوضٍ هو مال وجبت) أي: تثبت¹ الشفعة، فإن ملكها بلا عوضٍ كالهبة المطلقة والصدقة لا يثبت، وكذا إذا ملكها بعوضٍ ليس بمالٍ، وعليه يتفرَّع قوله: (فلا نثبتها) أي: الشفعة (في دارٍ يتزوَّج عليها) أي: تكون مهراً للمنكوحه، وإن قال: جعلتها بمهرٍ؛ ففيها الشفعة؛ لأنَّها عوضٌ عن المهر. (أو يخالغ بها، أو يستأجر بها، أو يصلح بها عن دم عمدٍ، أو يعتق عليها) وقال الشافعي: تثبت² الشفعة فيها؛ لأن هذه الأشياء متقوِّمة في الشرع، فتكون الدارُ قيمةً للمقوِّم.

ولنا: إنَّ قيمة الشيء ما يقوم مقامه لاتحادهما في المقصود، ولا اتِّحاد بين المال وهذه الأشياء فيه، فلا يكون المأل قيمةً لها، إلا أنَّ الشارع جعل للبضع قيمةً في النكاح؛ لضرورة تعظيم قدره، سيحىء بيانه في النكاح، وللمنافع قيمةً في الإجارة؛ لضرورة حاجة الناس إليها، وللدِّم قيمةً؛ لضرورة صيانتها عن الهدر، وما ثبت بالضرورة لا يتعدى عن موضعها، فلا يكون مقوِّمةً في حق الشفعة، والإعتاق إزالةً المالية، فكيف يقوم المأل مقامه؟

(فلو تزوجها على دارٍ على أن تردَّ إليه ألفاً) يعني: إذا تزوج امرأة، وأمهرها داراً على أن تردَّ إليه ألفَ درهمٍ، (فالشفعة غير ثابتة) عند أبي حنيفة (مطلقاً) أي: في حصَّة الألف وفي حصَّة الصداق. (وأوجبها في حصَّة الألف)؛ لأنه مبادلة مالٍ بمالٍ. أقول: لو قال: فالشفعة غير ثابتة في حصَّة الألف؛ لكان أخصر وأولى؛ لأنَّه لم يحتج إلى قوله: «مطلقاً وأوجبها»، وعدمُ الشفعة في حصَّة الصداق قد كان عرف من المسألة³ السابقة.

وله: إنَّ البيع مشروطٌ في النكاح، والشروط أتباعٌ، فيكون معنى المعاوضة تبعاً للصداق، وإذا لم تثبت الشفعة في الأصل لا تثبت في تبعه.

أورد بعضُ المشايخ هذه المسألة في كتاب النكاح، وبعضهم في كتاب الشفعة، والمصنِّف أوردها في كليهما، لكن ينافي إيجاب الكتاب.

(ولو صالح عنها بإنكارٍ أو سكوتٍ لم تجب) يعني: من ادَّعى دارَ رجلٍ، وأنكره صاحبها، أو سكت، ثم صالح عن تلك الدار على مالٍ؛ لا شفعة فيها، أمَّا في صورة الإنكار؛ فلأنَّ زعمه أنَّ الدارَ لم يزل عن ملكه، وأمَّا في السكوت؛ فلزعمه أنَّ ما أعطاه افتدائاً ليمينه، فلم تثبت⁴ المبادلة الماليَّة.

(أو بإقرارٍ) يعني: لو صالح عنها بعد إقراره بها يثبت الشفعة؛ لأن الصلح بعد الاعتراف يكون مبادلة مالٍ⁵ بمالٍ. (أو عليها) أي: لو صالح عن دعوى خصمه على دارٍ (مطلقاً) أي: سواءً كان ذلك الصلح بإقرارٍ أو سكوتٍ أو إنكارٍ (وجبت) الشفعة؛ لأن زعم المُدَّعي أنَّه أخذها عوضاً عن حقِّه، فيؤاخذ بزعمه.

(ولا تجب) الشفعة (بالإرث والوصية)؛ لأن الملك الحاصل بكلِّ منهما حاصلٌ بغير عوضٍ. (وطردوا ذلك) أي: عدم ثبوت الشفعة (في الهبة) إذا عُوض عنها؛ لأن التعويض عنها تبرُّعٌ، ولا شفعة في التبرعات، (إلا بعوضٍ مشروطٍ) يعني: إذا شرط العوض في الهبة يثبت الشفعة فيها عندنا؛ لأن العوض يكون واجباً عليه، وتكون⁶ بيعاً انتهاءً. وقال مالكٌ: يثبت الشفعة في الهبة متى عُوض عنها وإن لم يكن العوض مشروطاً فيها؛ لأنَّها تصير بمنزلة البيع.

ولنا: إنَّه هبةٌ من الجانبين؛ لأنَّه لم يشترط في العقد عوضٌ، ولا شفعة في الهبة، بخلاف ما إذا شرط العوض حيث صارت معاوضةً.

اعلم أنَّ انفهام قول مالك من المتن فيه نوعٌ خفاءٍ يعرف بالتأمل.

¹ د: ثبت.

² ح: يثبت.

³ ح: مسألة.

⁴ ح: يثبت.

⁵ د - مال.

⁶ ح: ويكون.

وفي «المحيط»: الشفعة في الهبة المشروطة بعوض¹ إنَّما يثبت إذا تقابضا، فإن قبض أحدهما دون الآخر؛ فلا شفعة، خلافاً لزر، وهذا بناءً على أنَّ الهبة المشروطة بعوضٍ تعتقد معاوضةً ابتداءً عنده، وعندنا تعتقد تبرُّعاً ابتداءً، وتتم معاوضةً إذا تقابضا.

(ولا تثبت²) الشفعة للجار (باقتسام الشركاء) العقار؛ لأن في القسمة معنى الإفراز، ولهذا يجري فيها الجبر على القسمة إذا كانت في المثليات بطلب أحد الشركاء، والشفعة لم تثبت إلا في المبادلة المطلقة³.

(ولا برد المشتري) أي: لا تثبت⁴ الشفعة للجار إذا ردَّ المشتري (بشرط، أو برؤية، أو عيب) أي: بسبب خيار شرط، أو خيار رؤية، أو خيار عيب (بقضاء) أي: بقضاء القاضي، وهذا قيد للردِّ بالعيب، سواءً يكون الردُّ بعد القبض أو قبله (بعد التسليم) أي: تسليم الجار الشفعة وقت الشراء؛ لأن الردَّ فسخ من الأصل. (فإن رده بعيب بعد القبض بغير قضاء، أو تقايلاً) البيع (وجبت) الشفعة؛ لأن ذلك فسخ في حقهما، وعقد جديد في حق الشفيع؛ إذ لا ولاية لهما على غيرهما، فيكون معاوضةً ماليةً في حقه. قيد بقوله: «بعد القبض»؛ لأن الردَّ بالعيب قبل القبض فسخ من الأصل.

(ولو استثنى ذراعاً مما يليه) أي: من الجانب الذي يلي الشفيع (امتنعت) الشفعة؛ لعدم اتصال الملك، وكذا لو وهبه وسلَّمه إليه.

(ولو ابتاع سهماً) قليلاً من العقار (بثمن) كثيرٍ بحيث لا يرغب إليه الجار أصلاً، (ثم ابتاع الباقي؛ تثبت) الشفعة للجار (في الأول) أي: في السهم الأول دون بيع الباقي؛ لأن مشتري سهم صار شريكاً للباقي في الباقي، والشفيع جاز له، والشريك مقدّم عليه، وهذه الحيلة لدفع الجار عن الشفعة.

(أو بثمن) أي: لو ابتاع العقار الذي قيمته مائة مثلاً بثمن (غال) كالف، (ثم عوضه عنه) أي: المشتري البائع عن ذلك الألف (بثوب) قيمته مائة، (تثبت) الشفعة (بالبثمن)؛ لأنه هو العوض عن العقار، والتعويض بالثوب عقد آخر، وهذه حيلة تعم دفع الجار والشريك، إلا أنَّ فيها إضراراً للبائع عند الاستحقاق؛ لأنَّه باع الثوب من البائع بألف، ووقع المقاصة بينهما، فإذا استحقَّ العقار بطل ثمنه، لكن بقي للمشتري على البائع ثمن الثوب، وهو ألف؛ لأن بيع الثوب صحيح، فالأولى أن يُباع بالدرهم الثمن دنائز بقدر قيمة العقار، فيكون صرفاً بما في ذمته، فإذا استحقَّ العقار وتبين أن لا دين على المشتري؛ يبطل الصرف؛ لافتراق قبل القبض، فيجب ردُّ الدنانير لا غير، فلا يتضرر بها البائع.

(وكره) محمد (الحيلة في إسقاطها) وقال: لا يكره.

له: إن ثبوتها لدفع الضرر، فإذا أبيحت الحيلة في إسقاطها يكون إبقاءً لضرر الجار، فيكون حراماً.

ولهما: إن هذه امتناع عن إثبات الحق، وهو مشروع.

قيد بقوله: «في إسقاطها»؛ لأن الحيلة في إبطالها مكروهة اتفاقاً، كما إذا قال المشتري للشفيع بعدما أثبت حقه: أنا أبيعها منك بما أخذت، وقال الشفيع: نعم؛ يبطل الشفعة. كذا في «النهاية». لكن قال شمس الأئمة: لا بأس بالحيلة لإبطال حق الشفعة إذا كان قصده الدفع عن نفسه؛ لأن في أخذ داره بغير رضاه ضرراً عليه، وإضرار الغير به ضمنياً، فلا يعتبر.

(فصل) في طلب الشفعة والخصومة فيها

(وإذا علم) الشفيع (بالباع أشهد في مجلس علمه على الطلب) يستمى هذا: طلب الموائبة، لا بُدَّ للشفيع منه وإن لم يكن

بحضرته من يشهده كيلاً يسقط حقه فيما بينه وبين الله تعالى؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «الشفعة لمن واثبها»⁵ أي: طلبها على

المسارعة، وليمكنه الحلف إذا استحلّف.

¹ د - بعوض.

² ح: يثبت.

³ د: معنى الإفراز لا مبادلة المال بالمال.

⁴ ح: يثبت.

⁵ لم نجده مرفوعاً في كتب الحديث، أخرجه الشيباني في الحجة على أهل المدينة 82/3، وعبد الرزاق في مصنفه 83/8 من قول شريح القاضي، وقال الزيلعي في نصب الراية 176/4: غريب. ورفعه السرخسي في المبسوط، 92/14؛ والكاساني، في بدائع الصنائع، 17/5.

ثم هذا الطلب إنما يجب عليه إذا أخبره رجلان أو رجلٌ عدلٌ عند أبي حنيفة، وعندهما: يجب إذا أخبره واحدٌ حرًا كان أو عبدًا، صغيرًا كان أو كبيرًا، إذا كان الخبر حقا. ولو أخبره المشتري بنفسه؛ يجب عليه الطلب اتفاقًا كيف ما كان؛ لأنه خصمٌ فيه، والعدالة غيرٌ معتبرة في الخصوم. كذا في «التبيين».

وعن محمد: إن له خيارًا إلى آخر المجلس ما لم يشتغل بما يدلُّ على الإعراض، وهو مختار الكرخي؛ لأنه تملك لا بُدَّ فيه من التأمل، لكنَّ المشهور من أئمتنا: أنه على الفور، حتى قالوا: لو سكنت بعد علمه أو تكلم بلغوه بطل شفيعته.

وفي «الواقعات»: الصحيح: أن الشفعة يثبت بكلِّ كلامٍ يُفهم منه طلبها اسميةً كانت أو فعليةً.

(ثم على البائع) أي: ثم يشهد على البائع (أن كان المبيع في يده) لكونه خصمًا فيه، نصَّ محمدٌ في «الجامع الكبير»: أنه يصحُّ الإشهاد على البائع بعد تسليم المبيع استحسانًا؛ لأنه عاقدٌ، لا قياسًا.

(أو على المشتري)؛ لأنه مالكٌ المبيع، (أو عند العقار) لتعلق الحقِّ به، ويسمَّى هذا: طلب التقرير، صورته: أن يقول: إن فلانًا اشترى دارًا أو هذه الدار، وأنا شفيعها، وقد كنتُ طلبتُ الشفعة، وأنا طالبها الآن، فاشهدوا على ذلك، قال شيخ الإسلام: لو علم البيع عند أحد هذه الثلاثة، فطلب وأشهد عليه؛ يكفي، فلا حاجة إلى طلب الإشهاد ثانيًا.

ومدَّة هذا الطلب مقدَّرةٌ بالتمكن من الإشهاد مع القدرة على أحد هذه الثلاثة، فإن ترك الأقرب من هؤلاء، وطلب الأبعد في مكانٍ آخر؛ بطل شفيعته، إلا أن يكونوا في مصر. وعن محمد: إنَّها مقدَّرةٌ بثلاثة أيام، وعن الشافعي: إنَّ له الطلب في جميع عمره.

(وتأخيرُ الخصومة) ويسمَّى: طلب التملك (بعد الإشهاد لا يُسقطها) أي: الشفعة عند أبي حنيفة؛ لأن الحقَّ متى تقرَّر لم يسقط إلا بإسقاط صاحبه بلسانه كما في سائر الحقوق، (وعليه الفتوى. ويسقطها) أبو يوسف (بترك المحاكمة) والمرافعة إلى القاضي (مع القدرة) على ذلك؛ لأنه دليلُ الإعراض والتسليم، كما في تأخير الطالبين الأولين. (وقدره) أي: محمدٌ زمانَ ترك المحاكمة (بشهر)؛ لأن الشهر أدنى الآجال، وما دونه عاجلٌ كما سيجيء في الأيمان.

(من غير عذرٍ) قيَّد به؛ لأنه لو كان بعذرٍ، كمرضٍ أو سفرٍ¹ أو عدم قاضٍ يرى الشفعة بالجوار في بلده؛ لا يسقط اتفاقًا.

وفي «الجامع الخاني»: الفتوى اليوم على قول محمد؛ لتغيُّر أحوال الناس في قصد الإضرار.

(وإذا ادَّعى الشراء) أي: ادَّعى الشفيع أن المشتري اشترى الدار المشفوعة، (وطلب الشفعة؛ سأل القاضي المشتري) بأن يقول: الدار التي يشفع بها الشفيع هل هي ملكه، وإنما احتيج إلى هذا السؤال؛ لأنه بمجرد كونها في يده لا يستحق الشفعة. (فإن اعترف بملكه الذي يشفع به) ثبت كونه خصمًا باعترافه، (وإلا؛ كلَّفناه البينة) أي: إن لم يعترف به كلَّف القاضي الشفيع بإقامة البينة على أنه مالكٌ لما يشفع به. وقال زفر: يكون خصمًا بلا بيِّنة؛ لأن ظاهر اليد دليلُ الملك، ولهذا يجوز للشهود أن يشهدوا بالملك بمشاهدة اليد.

ولنا: إن ظاهر الملك يصلح لدفع دعوى الغير، لا للاستحقاق به.

(فإن عجز) أي: الشفيع عن البينة (استحلف المشتري ما يعلم به) أي: يحلف بأن يقول: بالله ما أعلم أن الشفيع مالكٌ لما يشفع به، وإنما استحلف على نفي العلم؛ لأنها يمينٌ على فعل الغير. هذا إذا قال المشتري: ما أعلم، ولو قال: أعلم أنه غير مملوكٍ للشفيع؛ يحلف على البتات. من «فصول الأستروثني».

(فإن نكل) أي: المشتري اليمين، (أو برهن الشفيع) أي: أقام بيِّنة² على مدعاه، (سأل القاضي (المشتري عن الشراء) ليثبت كونه خصمًا عنده، فإن اعترف يسمع دعوى الشفيع، (فإن أنكره) أي: المشتري الشراء (طوب الشفيع بالبينة) على شراؤه؛ لأنه هو المُدَّعي. (فإن عجز استحلف المشتري) إن طلب الشفيع؛ لأن اليمين حقه، فلا يحلُّه القاضي بدون طلبه (ما اتباع) أي: يقول في حلفه: بالله ما اشتريت الدار المشفوعة، وهذا يمينٌ على سبب، وهو قولُ أبي يوسف؛ لأن المُدَّعي ادَّعى أصلَ الشراء، فينبغي أن يستحلف على نفيه؛ لأن اليمين إنما تجب بحسب الدَّعوى، (أو ما يستحقُّ عليه هذه الشفعة) أي: يقول في حلفه: بالله ما يستحقُّ الشفيع هذه الشفعة عليّ، وهذا يمينٌ على الحاصل، وهو قولُ أبي حنيفة ومحمد؛ لأن في الاستحلاف على السبب إضرارًا للمدَّعي عليه؛ لجواز أن يكون قد فسخ العقد، وإذا استحلف على الحاصل يكون رعايةً لحقَّهما، إلا أن يدَّعي الشفعة على من لا يراها بالجوار، فيستحلف على السبب؛ لأنه لو حلف فيه على الحاصل يصدق في يمينه في اعتقاده، فيفوت النظر في حق المُدَّعي.

¹ د: وسفر.

² ح: البينة.

(فإن نكل) المشتري (قضى بها) أي: بالشفعة.

اعلم أنه ذكر في هذا الكتاب ومتن «الكنز»: أن القاضي يسأل المدعى عليه عن ملك الشفيع أو لا، وليس كذلك، بل يسأل القاضي أولاً المدعى عن موضع الدار وحدودها؛ لأنه ادعى فيها حقاً، فلا بُدَّ أن يكون معلومةً، كما لو ادعى رقبته، فإذا بين الشفيع ذلك سأله: هل قبض المشتري الدار؟ لأنه لو لم يقبضها لا يصحُّ دعواه على المشتري حتى يحضر البائع، فإذا بين ذلك سأله عن سبب شفيعه؛ لاحتمال أن يزعم ما ليس بسبب سبباً، أو يكون هو محجوباً بغيره، فإذا بين سبباً صالحاً، وأنه غير محجوب بغيره؛ سأله: أنه متى علم، وكيف صنع حين علم؛ لأنه تبطل¹ بطول الزمان وبما يدلُّ على الإعراض، فإذا بين ذلك سأله عن طلب التقرير، وكيف كان، وعند من أشهد، وهل كان الذي أشهد عنده أقرب من غيره على ما بيناه، فإذا بين ذلك كله؛ أقبل على المدعى عليه، وسأل عن ملك الشفيع... إلى آخر ما ذكر. كذا في «التبيين».

(ولا يلزم) الشفيع (إحضار الثمن) إلى مجلس القاضي وقت خصومته، (إلا بعد القضاء بها) أي: بالشفعة؛ لأن الثمن لا يجب عليه قبل القضاء، فلا يجب إحضاره. (وألزمه) أي²: محمد الشفيع (به قبله) أي: بإحضار الثمن قبل القضاء، فلا يقضي القاضي بها إذا لم يحضره؛ لاحتمال أن يكون الشفيع مفلساً، فيتوي مأل المشتري. (وهو رواية) أي: قول محمد رواية عن أبي حنيفة. ولو حكم القاضي قبل إحضار الثمن؛ فللمشتري أن يحبس العقار عنه حتى يدفع الثمن إليه؛ لأنهما بمنزلة البائع والمشتري.

(وإذا كان المبيع في يد البائع لم يسمع البيّنة) أي: القاضي بينة الشفيع ولم يقض له بالشفعة، (حتى يحضر المشتري)؛ لأن للبائع يداً، وللمشتري ملكاً، فلا بُدَّ من اجتماعهما، ولو قضى بها قبل حضوره يكون قضاءً على الغائب، وإنه لا يجوز، بخلاف ما بعد القبض، حيث لا يُشترط حضور البائع؛ لأن العقد قد انتهى بالتسليم إلى المشتري، فصار البائع أجنبيّاً.

(فيفسخ البع بحضرتة) أي: بحضرة المشتري، (ويقضى بها) أي: بالشفعة.

(ونجعل العهدة) أي: ضمان الثمن عند الاستحقاق (على البائع) إذا أخذ الشفيع الدار من يده؛ لأنه إذا أخذها منه يفسخ العقد الذي جرى بين البائع والمشتري، فيكون متملكاً على البائع، فكأنه اشترى منه، فتكون العهدة عليه. (لا على المشتري) أي: قال الشافعي: العهدة على المشتري، سواء أخذها من يد البائع أو المشتري؛ لأن العقد لا يفسخ، فيكون متملكاً على المشتري، فتكون العهدة عليه كما لو أخذها منه.

(ويرد) الشفيع الدار المشفوعة (بختيار الرؤية والعيب)؛ لأن الأخذ بالشفعة بمنزلة الشراء؛ لأنه مبادلة المال بالمال (مع شرط المشتري البراءة) عن خيار العيب في عقده؛ لأن الخيار حق للشفيع، فلا يسقط بإسقاط المشتري.

(ومن اشترى لغيره كان خصماً للشفيع)؛ لأن الأخذ بالشفعة من حقوق العقد، فيتوجّه إلى الوكيل؛ لأنه هو العاقد، (إلا بالتسليم إلى الموكل) يعني: إذا سلم الوكيل المبيع إلى الموكل يخرج عن كونه خصماً؛ لأنه لا يد له ولا ملك، فيكون الخصم هو الموكل. (ولو قال المشتري لوكيل الشفيع: قد سلم موكلك) الشفعة، (يأمر) أبو يوسف (بتأخير القضاء حتى يحضر) الموكل، (فيحلف) على أنه لم يسلمها؛ لأنه لو قضى بها في الحال، ثم حضر الشفيع، ونكل عن اليمين؛ لزم نقض القضاء، فيجب تأخير صيانة له عن النقض. (وأمر به) أي: محمد بقضاء الشفعة (للحال)؛ لأن الحق كما ثبت عند القاضي؛ وجب عليه الحكم بما ظهر عنده، فلا يؤخّره لأمرٍ موهوم، فإن الشفيع يحتل أن لا يحضر أصلاً، فإن حضر ونكل ردّ الدار على المشتري.

(ولو باع أو وهب) يعني: من اشترى داراً، فباعها من غيره، أو وهبها له، (ثم غاب، فادعى الشفيع على الحاضر) أي: على المشتري الثاني، أو على الموهوب به، (فأنكر) الحاضر³، فأراد الشفيع إقامة البيّنة (يجعله) أي⁴: أبو يوسف الحاضر (خصماً) فيقبل بيّنته. وقال: لا يكون خصماً.

له: إن الموهوب له أو المشتري الثاني ذو اليد، ومدعٍ لرقبة الدار لنفسه، فيكون خصماً لمن ينازعه، كما لو صدقه في الدعوى، لكن يؤخذ منه كفيلاً بالثمن، أو يوضع الثمن عند عدلٍ نظراً للغائب.

¹ ح: يطل.

² ح - أي.

³ ح + فإذا.

⁴ ح - أي.

ولهما: إنَّ القضاء على الغائب قصداً لا يجوز، وفي جعله خصماً إبطال حقِّ الغائب قصداً، فلا يجوز، بخلاف ما إذا صدَّقه؛ لأن الإقرار حجَّة قاصرة، فلا يعدو عن نفسه، وأمَّا البيئَةُ؛ فحجَّة مطلقَةٌ يظهر بها القضاء على الغائب.

(فصل) فيما تبطل¹ به الشفعة وما لا تبطل²

(ولو ترك الإشهاد) على طلبه (مع القدرة، أو صالح من شفيعته على عوضٍ، أو باع ما يشفع به) بيعاً باتاً، (قبل القضاء بها مطلقاً) أي: علمَ شراءِ العقار أو لم يعلم، (أو ساوَمَ المشتري) أي: طلب الشفيع أن يشتري منه، (أو استأجره منه) أي: العقار من المشتري، (أو أخذه) أي: العقار من المشتري (مزارعةً، أو معاملةً) أي: مساقاةً، (مع علمه بالشراء، أو مات) الشفيع (قبل القضاء بها؛ بطلت) جواب «لو».

قيدنا البيع بالبات؛ لأنَّه لو باع ما يشفع به بالخيار لا يبطل شفيعته ما دام الخيار باقياً³؛ لأن الملك لم يزل، ولو رجع إليه عقاره بخيارٍ أو عيبٍ بقضاءٍ أو غيره؛ لا يعود إليه حقُّ الشفعة؛ لأنَّه لمَّا بطل لا يعود إلا بسببٍ جديدٍ. ويؤيد بقوله: «قبل القضاء»؛ لأنَّه لو باع ما يشفع به بعد القضاء لا يبطل شفيعته؛ لتأكُّده⁴ بالقضاء.

فالآن نشرع في بيان عللها على الترتيب:

أما بطلان الشفعة في المسألة الأولى؛ فلأنَّ تركه يدلُّ على الإعراض.

وأما في الثانية؛ فلأنَّ الشفيع ليس له حقٌّ في المحلِّ، وإنَّما الثابت له حقُّ التملك، وهو فعله، والفعل لا يتقوُّم إلا بالعقد، فلم يجز اعتياضه، فتبطل⁵ شفيعته؛ لأنَّه أسقطها.

وأما في الثالثة؛ فلزوال سبب الاستحقاق، فلا يتوقَّف على العلم. وأما في سومه؛ فللدلالته على الإعراض عن الشفعة، وكذا حكم العقود الباقية.

وإنَّما شرطُ فيها العلمُ بالشراء؛ لأن دلالته على الإعراض ليست بصريحة، بخلاف تسليم الشفعة، حيث تسقط⁶ به مع الجهل بالشراء؛ لأنَّه صريحٌ في الإسقاط كالطلاق.

(ولا نورثها) إذا مات الشفيع بعد البيع قبل القضاء. وقال الشافعي: تورث⁷ الشفعة عن الشفيع.

وفي «المصنف»⁸: وتقسّم⁹ على ورثته بعدد الرؤوس، والذكر والأنثى فيه سواءً.

قيدنا بقولنا: «قبل القضاء»؛ لأنَّه لو مات بعد القضاء بها قبل نقد الثمن وقبضه؛ فالبيع لازم لورثته اتفاقاً. كذا في «الحقايق». له: إنَّه حقٌّ معتبرٌ في الشرع كالقصاص.

ولنا: إنَّ الشفعة هي ولاية التملك، وهي لا تبقى¹⁰ بعد موت صاحبها، فكيف تورث عنه؟ بخلاف القصاص؛ لأن من عليه القصاص صار كالمملوك لمن له القصاص، حتى صحَّ الاعتياض عنه، والعين المملوكة تبقى بعد موت المالك.

وفي «المحيط»: لو باع حقَّ الشفعة من إنسانٍ لا يكون تسليمها لها؛ لأن البيع لم يصادف محله. ولو قال أجنبي للشفيع: سلِّم حقَّ الشفعة للمشتري، فقال: سلِّمت لك؛ صحَّ استحساناً؛ لأن اللام للتعليل، فكأنَّه قال: سلِّمتها للمشتري لحرمتك.

(وإن مات المشتري لم تبطل) الشفعة؛ لأن سبب الاستحقاق قائم، حتى لا يُباع في دين المشتري؛ لأن حقَّ الشفيع كان

مقدِّماً على المشتري، فكذا يكون مقدِّماً على من تلقى¹¹ الحق من قبله، ولو بيع؛ فللشفيع نقضه وإن باعه القاضي.

1 ح: يبطل.

2 ح: يبطل.

3 د - باقياً.

4 د: لتأكُّده.

5 ح: فيبطل.

6 ح: يسقط.

7 ح: يورث.

8 د - وفي المصنف.

9 ح: يقسم.

10 ح: يبقى.

11 د: يلقي.

(ولا شفعةً لوكيل البائع) إن كان شفيغاً؛ لأن البائع لو كان شفيغاً لم يكن له الأخذ بالشفعة؛ لأن البيع تملك، والأخذ بالشفعة تملك، وبينها منافاة، فكذا لوكيله القائم مقامه.

(ولا لمن ضمن له الدرك) يعني: من ضمن للمشتري عن البائع الدرك. وهو تبعه الاستحقاق. إن كان شفيغاً؛ فلا شفعة؛ لأن ضمان الدرك تقرير للبيع، ففي أخذه بالشفعة إبطال ذلك، فلم يصح.

(بخلاف وكيل المشتري) حيث له الشفعة؛ لأن المشتري لو كان شفيغاً لم يبطل شفعتيه، فكان له أن يشارك سائر الشفعاء إن لم يتقدموا عليه؛ لأن الأخذ بالشفعة تملك كالشراء، فيكون مقرراً له، فكذا وكيله. ولو كان الخيار للبائع وشرطه لثالث، فأجاز؛ فهو كالبائع لا شفعة له، وإن كان الخيار للمشتري وشرطه لثالث، فأجاز؛ فهو كالمشتري، فله الشفعة.

(ولو باع المريض) بمرض الموت (من وارثه داراً بمثل القيمة أو أكثر) وأخذ الآخر فيه الشفعة، (فالبائع والشفعة باطلان) عند أبي حنيفة. وقال: يجوز بيعه، وتصح الشفعة منه.

وعلى هذا الخلاف إذا باع وصي الميت من الوارث. ذكره في «الفصول».

لهما: إن حق الوارثه تعلق بمالية أمواله لا¹ بأعيانها، ولهذا جاز للموثر استبدالها بما يشاء، وبهذا البيع لم ينتقض ماليتها، فلم يقع تصرفه ملائقاً لحق الوارثه.

وله: إن الوصية لم يجز لوارث؛ لأن فيها إنباز بعض الوارثه على الباقي، فيؤدى ذلك إلى العداوة عرفاً، والبيع من الوارث كالوصية له؛ لأن عين بعض المال قد تكون أولى من ماليته، فإذا لم يصح البيع لم تصح² الشفعة لبنائها عليه، إلا أن يجيزه بقية الوارثه؛ لأنهم رضا بسقوط حقهم.

(أو بأقل) يعني: لو باع المريض من وارثه داراً بأقل من قيمتها، كما لو باع داره بألفين وقيمتها ثلاثة آلاف، ثم مات والأجنبي شفيغاً، (ولا مال له غيرها؛ فلا شفعة له) اتفاقاً.

ذكر في «المحيط»: في هذه المسألة لا شفعة للأجنبي عند أبي حنيفة، وله الشفعة بثلاثة آلاف عندهما، بناءً على ما مر من أن بيعه لوارثه لا يجوز عنده، ويجوز عندهما، سواء كان للمريض مال غيرها أو لا. انظر كيف أورد المصنف الخلافية على صيغة الوفاق، وتبدد بغيره لا احتياج إليه؟

(ولو باعها) أي: المريض داره (من أجنبي بالمثل) أي: بمثل القيمة، أو بأكثر، ووارثه شفيغاً، (شفعة الوارث باطله) عند أبي حنيفة؛ لأن تلك الصفة تنتقل إلى الوارث بالشفعة، فيصير كأنه باعها من وارثه، وذا غير جائز. وقال: له الشفعة؛ لأن هذا البيع جائز عندهما.

(أو بأقل) يعني: لو باع المريض داره من أجنبي بأقل من قيمتها، (فلا شفعة له) أي: للشفيع الوارث اتفاقاً.

وفي «المحيط»: مريض باع داره من أجنبي بألفين وقيمتها ثلاثة آلاف، ولا مال له غيرها، ثم مات وابنه شفيغاً؛ لا شفعة له اتفاقاً، وفي رواية الأصل قال: يأخذها بقيمتها؛ لأن المريض صار بائعاً الدار من الشفيع حكماً، فصار كما لو باع منه حقيقة بألفين، وقيمتها ثلاثة آلاف، كان للوارث أن يأخذها بثلاثة آلاف عندهما.

(في الأصح) احترز به عما قيل: يجوز له الأخذ عندهما بمثل القيمة كما مر³، وإنما احترز عنه؛ لأن الشفعة إنما شرعت بالثمن، وتماثل القيمة لم يكن منه، فلا يجوز الأخذ به ولا بالثمن؛ لأن فيه محاباة للوارث، ولا تعمل⁴ إجازة الوارث؛ لأنه لا تعمل⁵ في حق المشتري؛ لأن المحاباة يخرج من الثلث، وهنا لا مال له غيرها، وإجازة الوارث يتضمن إبطال ملك المشتري؛ لأنها متى صححت أخذها الشفيع، فبطل ملكه، ولو كان له مال غيرها، فأجازت⁶ الوارثه؛ فله الشفعة اتفاقاً.

انظر كيف ترك المصنف هذا القيد مع أنه مفيد؟

1 د - لا.

2 ح: يصح.

3 د - كما مر.

4 ح: يعمل.

5 ح: يعمل.

6 د: فإجازة.

(وإذا أخبر أنّها) أي: الشفيع بأَنَّ الدارَ (بيعت بألفٍ، أو أنّ المشتري فلانٌ، فسَلِّم) الشفيعُ الشراءَ، (ثم علم أنّه غيره) أي: أن المشتري غيرُ فلانٍ، (أو أنّ البيعَ بأقل) من ألفٍ، (أو بمكيل) أي: علم أنّ البيعَ كان بمكيلٍ، (أو موزونٍ قيمته ألفٌ، أو أكثر؛ لم تبطل¹) شفيعته؛ لأن تسليمه حين سماع الألف كان للاستكثار²، وإذا ظهر أنّ الثمنَ أقلُّ منه؛ فله الأخذُ.

وفي «المحيط»: هذا إذا كان التفاوتُ في الثمن، ولو كان في المبيع فقط، كما إذا سَمِعَ أنّه يبيع كلُّ الدارِ بألفٍ، فسَلِّم، ثم علم أنّه يبيع بعضها بألفٍ؛ بطلتْ شفيعته؛ لأن من رغب عن شري الكلِّ وليس فيه عيبُ الشركة؛ كان أرغَبَ عن شري النصف وفيه عيبُ الشركة. ولو كان بالعكس؛ لا تبطل³؛ لأن الرغبة عن شري النصف المعيب لا يكون رغبةً عن الكلِّ السليم، وكذا تسليمه حين سَمِعَ أنّ المشتري فلانٌ كان لرضائه بجواره، وإذا بان غيره؛ فله الأخذُ حذرًا عن إضراره، وكذا تسليمه في ألفٍ يجوز أن يكون لعجزه عن ذلك، وإذا ظهر أنّها بيعتُ بجنسٍ آخر مما يثبت⁴ في الذمّة كمكيل وموزونٍ وعدديٍّ متقاربٍ؛ فله أن يرغب في أخذها لقدرته على ذلك.

(أو بمائة قيمتها ألفٌ) يعني: لو أخبر أنّها بيعتُ بألفٍ درهمٍ، فسَلِّم، ثمَّ علم أنّها بيعتُ بمائة دينارٍ قيمتها ألفُ درهمٍ، (أبطلناه) أي: حقَّ شفيعته، وجعلنا تسليمه صحيحًا. وقال زفر - وهو القياس -: هو على شفيعته.

قيّد بقوله: «قيمته ألفٌ»؛ إذ لو كان قيمة الدينار أقلَّ؛ فهو على شفيعته اتِّفاقًا.

له: إنّ الدراهمَ والدنانيرَ جنسان مختلفان، ولهذا لو أكره على أحدهما⁵، فأقرَّ بالآخر؛ كان مختارًا، فلا يكون التسليمُ في أحدهما⁶ تسليمًا في الآخر.

ولنا: إنّهما كالجنس في الثمينة، ولهذا يضمُّ في الزكاة وكلامنا، في الثمن، فيكون الاختلافُ راجعًا إلى القدر دون الجنس.

(أو بعرضٍ غير مثلي) يعني: لو أخبر أنّها بيعتُ بألفٍ، وسَلِّم، ثم علم أنّها بيعتُ بعرضٍ (قيمته ألفٌ؛ بطلت) شفيعته وضح تسليمه؛ لأن الواجب في القيمي القيمة، فلم يظهر فيه اختلافُ الجنس. (أو أقل) يعني: لو كان قيمة العرض أقلُّ من الألف (لم تبطل⁷) شفيعته؛ لأن تسليمه حينئذٍ يكون لاستكثاره الألف.

(ولا يجعل قولُه: أخذ نصفها تسليمًا) أي: إذا قال الشفيعُ: أخذ نصفَ الدارِ لا يكون تسليمًا للنصف الآخر عند أبي يوسف؛ لأن طلبَ بعضِ الحقِّ لا يكون رضًا بسقوط الباقي عرفًا وعادةً. (وخالفه) محمدٌ؛ لأنّه لَمَّا سَلِّم في النصف الآخر صار مسلّمًا في الكلِّ؛ لأنّه غير متجزّ.

وفي «المحيط»: الأصحُّ قولُ أبي يوسف.

(وأبطل) محمدٌ (تسليم الأب والوصي شفعة الصبي) فيما إذا بيعتُ بمثل قيمتها، فله أن يأخذها بعد البلوغ. وقالوا: صحَّ تسليمها، فلا يأخذها الصبي بعده.

وعلى هذا الخلاف إذا بلغهما شراءُ دارٍ بجوار دارٍ صبيٍّ، فلم يطلبوا.

قيّد بالتسليم؛ لأنّه لو لم يكن له وليٌّ يوقفُ على بلوغه اتِّفاقًا؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «ينتظرُ للشفيع إذا كان غائبًا»⁸، وكذا إذا كان عاجزًا. كذا في «المحيط».

له: إنّهُ حقٌّ ثابتٌ، فلا يملكُ إبطاله كالعفو عن القصاص.

ولهما: إنّ حقَّ الشفعة إنّما يملك بالثمن، فصار في معنى البيع، وهما يملكان الامتناع عنه، بخلاف العفو عن القصاص؛ لأنّه تبرُّعٌ، وهما لا يملكانه.

وفي «المحيط»: تثبتُ الشفعةُ للحمل بداره التي ورثها من أبيه، فإن وضعتُ لأقلَّ من ستة أشهرٍ منذ البيع؛ فله الشفعةُ.

1 ح: يطل.

2 د: لاستكثاره.

3 ح: يطل.

4 ح: ثبت.

5 د: إحداهما.

6 د: إحداهما.

7 ح: يطل.

8 مصنف عبد الرزاق، 81/8.

(ولو بيعت) الدار التي شفيعها صبيٌّ (بئمنٍ يسيرٍ) أي: بأقلِّ من قيمتها، (فتسليمُهُ) أي: تسليمُ كلِّ من الأب والوصي (صحيح) عند أبي حنيفة؛ لأنَّه امتناعٌ عن إدخاله في ملك الصغير، لا إزالةً عن ملكه. (وأبطله) محمدٌ؛ لِمَا فيه من ترك النظر للصغير. قيَّد بقوله: «يسير»؛ لأنَّها لو بيعت بأكثر من قيمتها مما لا يتغابن الناس في مثله؛ جاز التسليمُ اتفاقاً، والأصحُّ: أنَّه لا يجوز اتفاقاً؛ لأنَّه لا يملك الأخذ، فلا يملك التسليمُ كالأجنبيِّ.

(ولو اشتراها) أي: الأبُ داراً (لابنه الصغير؛ أجزنا له أخذها) أي: للأب أخذ الدار (بالشفعة) قبل بلوغه. وقال زفر: لا يجوز. إنَّما قيَّدنا به؛ لأنَّ الشفعة بعد بلوغه جائزة اتفاقاً.

وقيَّد بالاشتراء؛ لأنَّ الأب لو باع ملك نفسه ليس له الشفعة لابنه الصغير؛ لأنَّ البائع لا شفعة له، وللصغير الشفعة إذا بلغ اتفاقاً. وقيَّد بالأب؛ لأنَّ الوصي لا يملك أخذها لنفسه اتفاقاً؛ لأنَّ ذلك بمنزلة الشراء، ولا يجوز للوصي أن يشتري مال اليتيم لنفسه بمثل القيمة.

وقيَّد بقوله: «لابنه»؛ لأنَّه لو اشترى الأب لنفسه والوصي شفيعها؛ فليس له¹ الشفعة لابنه اتفاقاً.

له: إنَّ كونَ الشخص الواحد مطالباً ومطالباً ممتنعٌ.

ولنا: إنَّ ولاية الأب قامت مقامَ شخصين، ولهذا جاز له أن يشتري من مال الصغير.

(ومنعه من أخذ إحدى دارين² بيعتا في مصرين بصفقة واحدة) إذا كان شفيعهما واحداً. وقال زفر: له ذلك.

وكذا الخلاف لو كان أرضين أو قريتين.

قيَّد بـ«مصرين»؛ لأنَّه لو بيعت داران في مصرٍ واحدٍ؛ فقوله كقولنا. كذا في «الحقائق».

وذكر في «المصنف» و«الإيضاح»: أنَّ التقييد بالمصرين وقع اتفاقاً.

وقيَّد³ بـ«صفقة واحدة»؛ لأنَّهما لو بيعتا بصفقتين؛ كان له أن يأخذ أيَّهما شاء اتفاقاً.

وقيَّدنا بقولنا: «إذا كان شفيعهما واحداً»؛ لأنَّه إن كان شفيعاً لإحدهما يأخذ التي هو شفيعها اتفاقاً؛ لأنَّ الصفقة وإن اتحدت، فقد اشتملت على ما يثبت فيه الشفعة وعلى ما لا يثبت، فاخصَّ الشفعة بالدار المجاورة. كذا في «المصنف».

له: إنَّ تفرُّق المكان كتفرُّق الصفقة، ولا ضرر على المشتري في أخذ إحدهما فقط، فيجوز.

ولنا: إنَّ في أخذ إحدهما دون الأخرى تفريق الصفقة على المشتري، فلا يجوز.

(ولو اشترى) رجلٌ داراً (من اثنين نممنه) أي: الشفيع (من أخذ نصيب أحدهما⁴) وقال الشافعيُّ: يجوز له ذلك.

(ولو باع من اثنين جاز) للشفيع أن يأخذ نصيب أحدهما اتفاقاً؛ لوقوع العقد متفرقاً في حق المشتري.

له: قياسُ المسألة الأولى على هذه المسألة.

ولنا: إنَّ الجار في الأولى واحدٌ، فرضاؤه بجوار المشتري في نصيب أحدهما يكون رضاءً في الآخر؛ لأنَّ جوار الواحد لا يتجزأ، وأما في الثانية؛ فالجار اثنان، فله أن يرضى بأحدهما دون الآخر فافترقا.

(فصل)

(وبناء المشتري واتخاذ مسجداً قاطع لحق البائع في الفسخ) يعني: من اشترى داراً شراءً فاسداً، وقبضها، وبنى، أو اتخذها مسجداً، ينقطع عنها حقُّ البائع في الفسخ عند أبي حنيفة، وعلى المشتري قيمتها، (وللشفيع الأخذ بالقيمة في الأول) أي: في البناء عنده. وقالوا: لا ينقطع عنها حقُّ البائع في المسألتين، فليس له الأخذ.

قيَّد بقوله: «في الأول»؛ لأنَّ في اتخاذ مسجداً ليس له الأخذ اتفاقاً، أمَّا عندهما؛ فلعدم انقطاع حقِّ البائع عنها، وأمَّا عنده؛ فلصحَّة كونها مسجداً، والمسجد لا يملك.

ذكر في «مبسوط شيخ الإسلام»: الخلافُ فيما إذا جعله على هيئة المسجد، ولم يأذن للناس بأن يصلُّوا فيه حتى تكون رقة الأرض والبناء باقيةً على ملكه، أمَّا إذا أذن للناس بأن يصلُّوا فيه؛ ينقطع عنه حقُّ البائع اتفاقاً. فعلم من هذا أنَّ تعليلَ المصنف في

1 د: فله.

2 ح: الدارين.

3 د: قيد.

4 د: إحدهما.

«شرحه»: بأنَّ المسجدَ لا يملك غيرُ صحيحٍ؛ لأنَّه إن أراد: ما هو مسجدٌ حقيقةً؛ فليس هو محلُّ الخلاف، وإن أراد: ما هو في هيئة المسجد؛ فإنَّه يصحُّ أن يملك، ولعله أراد: بأنَّ المشتري بنيه أن يجعله مسجدًا توجه أن يكون حقًا لله تعالى، ومثله لا يملك عادةً، فلو أخذه الشفيغ يلم أن يكون مملوكًا.

اعلم أنَّ قيدَ البناءِ اتفافيٌّ؛ لأنَّ الخلافَ كذا لو أخرجها عن ملكه بالهبة، أو بجعلها مهرًا، أو بالبيع، فللشفيغ أن ينقضَ تصرُّفه، ويأخذها بالقيمة عنده، فإن أخذها بالبيع الثاني؛ أخذها بالثمن؛ لأنَّ البيع الثاني صحيحٌ.

لهما: إنَّ هذا التصرفَ لا يُسقطُ حقَّ البائع كما لا يُسقطُ حقَّ المالك إذا وجد في المغصوب، وكذا اتَّخاذه مسجدًا لا يسقطُ حقُّه؛ لأنَّ الله تعالى لا يقبله؛ لكون الفسخ واجبًا عليه، فإذا لم ينقطع حقُّ البائع لا تجب الشفعة؛ لأنَّ حقَّه أقوى من حقِّ الشفيغ، ولهذا يسقطُ حقُّه بالتأخير دون حقِّ البائع.

وله: إنَّ البناءَ حقُّ المشتري، وحقُّ الفسخ في الفاسد حقُّ الشرع، وحقُّ العبد مقدَّم عليه، وبتأخاذه مسجدًا تمَّ قبضُ المشتري، وزال ملكه فيها إلى الله، فانقطع حقُّ البائع، كما لو كان المشتري عبدًا، فقبضه، فأعتقه.

(وإذا بنى) المشتري بالشراء الصحيح (أو غرس، ثم قضي بها) أي: بالشفعة للشفيغ؛ (أخذه الشفيغ بالثمن، وقيمتها) أي: أخذ الشفيغ المبيع بالثمن، والبناء والغرس بقيمتها مقلوعًا، (أو كلفه) أي: الشفيغ المشتري (قلعهما) أي: قلع بنائه وغرسه. (ويخيره) أي: أبو يوسف الشفيغ (بين الأخذ بذلك) أي: أخذ الشفيغ بالثمن، والبناء والغرس بقيمتها قائمين، (أو الترك) أي: ترك الأخذ، ولا يكلفه بالقلع، كما لو بنى الموهوب له في الأرض الموهوبة ليس للواهب أن يقلع بنائه، ويرجع في الأرض؛ لأنَّه بناه في ملكه.

ولهما: إنَّ هذا التصرفَ وقع في حقِّ الغير من غير تسليطٍ من جهته، فله أن ينقضه، كالراهن إذا بنى في المرهون، بخلاف ما استشهد به؛ لأنَّ التصرفَ فيه حصل بتسليطٍ من جهة من له الحقُّ.

(ولو بنى الشفيغ أو غرس¹) في الدار المشفوعة، (ثم استحققت) رجوع الشفيغ (بالثمن) على من ردَّه من البائع أو المشتري اتِّفاقًا؛ لأنَّه تبيَّن أنَّه أخذه بغير حقِّ. (لا بقيمتها) أي: لا يرجع بقيمة البناء والغرس على من أخذ منه الدار، يعني: إذا بنى الشفيغ في الدار المشفوعة أو غرس، فأقلع المستحق الشفيغ؛ لا يرجع بقيمتها².

(ويفتي به) أي: أبو يوسف يرجع القيمة (فيهما) أي: في البناء والغرس؛ لأنَّ الشفيغ مع من أخذ منه صار كالمشتري المغرور من جهة البائع.

ولهما: الفرقُ بأنَّ المشتري كان مغرورًا من جهة البائع، ومسئلاً على التصرف في المبيع، والشفيغ غيرُ مغرورٍ؛ لأنَّه متملِّكٌ على صاحب اليد جبرًا من غير اختيارٍ، فلا يرجع على أحدٍ.

(ويتخير) الشفيغ (بين الأخذ) أي: أخذ العرصة (بجميع الثمن أو الترك إذا أصابت المبيع آفة سماوية) كما إذا كان دارًا، فانهدم بناؤها؛ لأنَّ البناء تابعٌ للعرصة حتى يدخل في بيعها من غير ذكرٍ، فالثمن لا يقابلُ الأتباع ما لم تكن مقصودةً. وفي «التبيين»: هذا إذا انهدم البناء بالكلية، ولم يبق له نقضٌ؛ لأنَّه لو بقي منه شيءٌ، وأخذ المشتري لانفصاله من الأرض حيث لم يكن تبعًا للأرض، فلا بُدَّ من سقوط بعض الثمن؛ لأنَّه مالٌ قائمٌ بقي محتبسًا عند المشتري، فيكون له حصَّةٌ من الثمن، فينقسم الثمنُ على قيمة الدار يوم العقد، وعلى قيمة النقض يوم الأخذ.

(وإن نقضها) أي: الدار (المشتري؛ يُخَيَّرُ³) الشفيغ (بين أخذ العرصة بالحصَّة) أي: بحصَّتها من الثمن، (أو الترك)؛ لأنَّ التابع صار مقصودًا بالإتلاف، فقابله شيءٌ من الثمن، (ولا يأخذ) الشفيغ (البنقض) بكسر النون، وهو المنقوض؛ لأنَّه صار مفصولًا، ولم تبق التبعيَّة، ولا شفعة في المنقول.

(ويأخذ الشفيغ تمر النخل مع الأرض) إذا ذكِرَ التمرُ في البيع، إنَّما قيَّدنا به؛ لأنَّ التمرَ لا يدخل في بيع النخل من غير ذكرٍ، وهذا استحسانٌ، وكان القياسُ أن لا يأخذه⁴ الشفيغ؛ لأنَّه ليس بتابعٍ، فصار كالمتمتع الموضوع في الأرض.

1 ح: وغرس.

2 د - يعني: إذا بنى الشفيغ.

3 د: تخير.

4 د: يأخذ.

وجه الاستحسان: إنَّه بالاتصال خلقه صار تبعاً للنخل من وجهٍ، إلا أنَّ اتِّصاله لَمَّا كان للقطع لا للبقاء صار كالزرع لم يدخل في البيع إلا بالذكر.

(وإن حدث عند المشتري) التمر، ولم يكن على النخل¹ حين البيع، «إن» هذه للوصل، يعني: يأخذ الشفيغ التمر في هذه الصورة أيضاً؛ لأنَّه مبيع تبعاً للنخل².

(فلو جدها) أي: قطع المشتري التمر (سقط حصَّتها) أي: حصَّة التمر من الثمن (في غير الحادثة) أي: في التمر التي كانت عند البيع، ولم يكن حادثة عند المشتري؛ لأن شيئاً من الثمن قابلها لكونها مبيعةً. قيَّد به؛ لأن التمر³ لو كانت حادثة عند المشتري وجدها لا يسقط حصَّتها من الثمن؛ لأنَّها لم تكن موجودة عند العقد، فيأخذ الأرض والنخل بجميع الثمن.

(ولو انهدم علو، فبيع السفلى؛ لا يوجبها) أي: أبو يوسف الشفعة (للعالي) أي: لصاحب العلو، بل تكون الشفعة لمن يجاور السفلى. (وخالفه) أي: قال محمد: الشفعة لصاحب العلو.

(ولو بيعت إلى جانبها دار) الجائر والمجور حائل، أي: بيعت دار منضمة إلى جانب عرصة السفلى، (فطلبها) أي: صاحب العلو والسفلى الشفعة، (فانهدم العلو والسفلى قبل الأخذ؛ يعينها) أي: أبو يوسف الشفعة (للسافل) أي: لصاحب السفلى. (لا لهما) يعني: قال محمد: الشفعة لهما.

لأبي يوسف في المسألتين: إنَّ حقَّ الشفعة زال بانعدام العلو. ولمحمد: إنَّ صاحب العلو له إعادة علوه إذا بنى صاحب السفلى، وله أن يرفع الأمر إلى القاضي ليأمره ببناء السفلى، فيبني عليه علوه، وإذا كان حقه قائماً؛ استحقَّ الشفعة في السفلى وفي الدار المجاورة لهما.

وفي «المحيط»: لو بنى السفلى صاحب العلو لا يكون متبرعاً، فعلى صاحب السفلى أن يعطيه قيمته؛ لأنَّه كان مضطراً في البناء لإحياء حقه، فصار مأذوناً شرعاً، ولو بنى أحد الشريكين حتماً منهدماً لم يرجع على شريكه بشيء؛ لأنَّه غير مضطرب في البناء، فإنَّه يمكنه أن يرفع الأمر إلى القاضي حتى يقسم الساحة.

(فصل) في الاختلاف وما يؤخذ به المشفوع

(ولو قال المشتري: اشتريت البناء والأرض في صفتين) يعني: اشتريت البناء أولاً، ثم اشتريت الأرض بدون البناء، (وقال الشفيغ): بل اشتريتهما معاً (في صفة) واحدة، والدار لي ببنائها، ولم يكن لهما بينة، (كان القول للشفيغ) اتِّفاقاً؛ لأن حقَّ الشفعة قائم، والمشتري يدعي إبطاله بادعاء الصفتين، والشفيغ ينكره، فيكون القول له مع يمينه على العلم؛ لأنَّه خلف على فعل الغير.

(فإن برهنا) أي: أقام كلُّ منهما البينة على مدعاه، (ولا تاريخ؛ يرجح) أبو يوسف بينة (المشتري)؛ لأنها تثبت أمراً زائداً على الشراء، وهو تفرُّق الصفة، فكانت أولى. (لا الشفيغ) أي: قال محمد: يقضى ببينة الشفيغ؛ لأن البينة للإثبات، وببينة الشفيغ مثبتة للاستحقاق، فكانت أولى.

(ولو اختلفا) أي: المشتري والشفيغ (في الثمن؛ كان القول للمشتري) مع اليمين؛ لأن الشفيغ يدعي⁴ استحقاق الدار عليه عند نقد الأقل، والمشتري ينكره.

(فإن برهنا يقدِّمه) أي: أبو يوسف برهان المشتري؛ لأنَّه أكثر إثباتاً. (وقدماً) بينة (الشفيغ)؛ لأنه مدَّع عما ذكرنا، فكان بينته أولى من بينة المدَّعي عليه.

وفي «المحيط»: لو تصادق المتبايعان بعد طلب الشفيغ أن البيع كان تلجفة لا يصدَّقان على الشفيغ، إلا إذا كان الحال يدلُّ عليه، بأن كان المنزل كثير القيمة وبيع بثمن قليل، فلا شفعة.

1 د: النخيل.

2 د: للنخيل.

3 ح: التمر.

4 د: تدعي.

(ولو ادعى المشتري ثمنًا، والبائع أقل منه، ولم يقبض) البائع الثمن؛ (أخذ الشفيع بقول البائع، وجعل) أي: قول البائع (حطًا) عن المشتري من الثمن. (فإن قبض) البائع الثمن، (فبقول المشتري) يأخذ الشفيع؛ لأن البائع صار كالأجنبي، ولا يُلتفت إلى قوله، فبقي الخلاف بين المشتري والشفيع¹، وقد سبق بيانه.

(ولو حطَّ) البائع (عن المشتري بعض الثمن؛ نسقطه عن الشفيع) وقال الشافعي: لا يسقط، بل على الشفيع الثمن المسمى. وهذا الخلاف فرغ الخلاف في أن الحطَّ لا يلتحق عنده بأصل العقد، بل هو هبة أخرى للمشتري، وعندنا يلتحق. مرَّت المسألة في كتاب البيوع.

(أو الكل) أي: لو حطَّ البائع كل الثمن (لم يسقط) ولا يلتحق ذلك بأصل العقد اتفاقًا؛ لأنَّه لو التحق صار بيعًا بلا ثمن، وإنَّه باطل.

(أو زاد فيه) أي: في الثمن المشتري (لم يلزم الشفيع) فيأخذه بالثمن الأول؛ لأن في اعتبار الزيادة إضرارًا للشفيع. (وإن كان الثمن عرضًا أو عقارًا أخذ بالقيمة) أي: بقيمة الثمن.

وفي «الجامع»: لو وجد البائع الثمن العرض معيَّنًا، فرضي به؛ يأخذ الشفيع بقيمته سليمًا. (أو مكيلًا، أو موزونًا؛ فبالمثل) أي: فيأخذ بمثله كما في الإتااف، (أو مؤجلًا) أي: إن كان الثمن مؤجلًا، (فإن شاء) الشفيع (صبر إلى انقضاء الأجل) ثم يأخذها، وهذا الانتظار ليس في طلب الشفعة؛ لأنَّه على الفور، بل في أخذها، (وإلا) أي: إن لم يشأ الصبر (أخذ بثمن حال) لكن البائع يرجع على المشتري بالثمن المؤجل؛ لأن شرط التأجيل بينهما لم يطل. وفي «المحيط»: إن استحقَّ الثمن بعد أخذ الشفيع ينظر، إن كان أخذها بالقضاء؛ يرد المشفوعة على البائع؛ لأنَّه تبيَّن أنَّه لم يكن له حقُّ الشفعة؛ لكون الشراء فاسدًا، فلا ينفذ قضاؤه بالملك لوقوعه خطأ، وإن كان أخذها بغير قضاء؛ لا يردُّها، بل يردُّ قيمتها للبائع؛ لأنَّه وجد التراضي بالتملك والتملك، فجعل بيعًا مستأنفًا. (ومنعه منه مع التأجيل) أي: لا يأخذ الشفيع بثمن مؤجل عندنا. وقال مالك: يأخذ به؛ لأن الأجل وصفُ الثمن، فيأخذه به كما في الزبوف.

ولنا: إنَّ الأجل ليس بوصفٍ للثمن، ولهذا لا يثبت³ بلا شرط.

(أو خمرًا، أو خنزيرًا) أي: إذا كان الثمن خمرًا أو خنزيرًا، (وهما) أي: البائع والمشتري (ذميان؛ فبالمثل فيها) أي: يأخذ الشفيع بالمثل في الخمر؛ لأنَّها من ذوات الأمثال، (وبالقيمة فيه) أي: في الخنزير. (أو الشفيع مسلم) وهو معطوفٌ على مقدَّر بعد قوله: «وهما ذميان»، وهو: والشفيع ذمي، (فبالقيمة فيهما) أي: إن كان الشفيع مسلمًا يأخذ بالقيمة في الخمر والخنزير؛ لأن تسليم عين الخمر للمسلم ممتنع، فالتحقت في حقه بغير المثلي.

(كتاب الشركة)

وهي اختلاطُ النصيبين فصاعدًا بحيث لا تميَّز فيه. ثم يطلق اسمُ الشركة على العقد وإن لم يوجد اختلاطُ النصيبين؛ لأنَّ العقد سببُ الاختلاط.

ثبت جوازها بما روى قيس بن أبي السائب: أنَّه كان شريك النبي صلى الله عليه وسلم في تجارة البرِّ والأدم⁴، وكان صلى الله عليه وسلم يقول في حقه: «شريكي وخير شريكي لا يماري»⁵.

(وتكون على نوعين: أملاكٌ وعقودٌ. فإذا ورثنا عينًا، أو اشتريها، أو اتبناها) أي: قبلا هبة رجلٍ عينًا، (أو استوليا عليها) أي: ملكا بالاستيلاء، (أو اختلطت مالاها، أو خلطاهما بحيث يعسر⁶ التمييز) كخلط البرِّ بالشعير، يفهم منه: أنَّ ما يتعذر التمييز

¹ د - والشفيع.

² د: ترد.

³ د: تثبت.

⁴ ولم أجد في المصادر التي بين أيدينا.

⁵ مصنف ابن أبي شيبة، 495/20؛ مسند أحمد بن حنبل، 425/3؛ وفيهما كان اسم الصحابة الذي نادى النبي إليه السائب بن أبي السائب. وأخرجه الطحاوي أيضًا في شرح مشكل الآثار، 188/6؛ والطبراني في المعجم الكبير، 363/18، وكان القائل فيه قيس بن السائب. وليس في أيها ذكر البرِّ والأدم.

⁶ ح: تعسر.

أولى أن يكون شركةً فيه. (كانت شركة ملك، ويجوز لكلٍ منهما) في هذه الشركة (بيع حصته من شريكه وغيره) أي: ومن غيره، و«من» متعلقٌ بالبيع، (بغير إذنه، إلا في الخلط والاختلاط) هذا استثناءٌ من قوله: «وغيره»، يعني: لا يجوز بيع نصيبه من غير شريكه في هاتين صورتين إلا بإذن شريكه؛ لأن في الخلط زال ملك المخلوط إلى الخالط؛ لوجود التعدي منه، وفي الاختلاط شبهةٌ زواله إلى شريكه، فصار سبب الزوال ثابتاً من وجهٍ دون وجهٍ، فصار نصيب كلٍّ زائلاً إلى الشريك في حق البيع من الأجنبي غير زائل في حق البيع من الشريك عملاً بالشبهين، وهذا أولى من عكسه؛ لأن التصرف مع الشريك أسرع نفاذاً من التصرف مع الأجنبي، بدليل جواز تمليك معتق البعض من الشريك دون الأجنبي. كذا في «الكفاية». فلم يجوز بيع نصيبه من الأجنبي إلا برضا شريكه، وأما فيما عداهما؛ فملك كل واحدٍ قائمٌ في نصيبه من كل وجهٍ، فجاز له التصرف فيه مطلقاً.

(ولا يتصرف في نصيب صاحبه إلا بإذنه)؛ لأنه كالأجنبي فيه لشريكه.

(وإذا عقدها) أي: الشركة (بالإيجاب) بأن يقول: شاركتك في كذا، (والقبول فيما يقبل الوكالة) قيد به؛ ليكون كل واحدٍ منهما في الشراء والعمل أصيلاً في نصفه ووكيلاً عن صاحبه في التصرف الآخر، فيكون المشتري مشتركاً بينهما. واحتراز به عن الاحتطاب والاحتشاش، فإن الشركة فيه غير جائزة؛ لعدم جواز التوكيل فيه؛ إذ التوكيل إثبات ولاية التصرف فيما كان ثابتاً للموكل، ولم يكن ثابتاً للوكيل، والاحتطاب ثابتٌ للوكيل قبل التوكيل، فكان فعل الوكيل واقعاً لنفسه، كمن وكل بالاحتطاب والاستقراض إذا اتَّهب أو استقرض مطلقاً؛ وقع الفعل للوكيل دون الموكل. كذا في «المحيط».

فإن قلت: يشكك هذا بالتوكيل بشراء عبدٍ غير معين، فإنه يجوز، مع أن الوكيل كان يملك الشراء لنفسه قبل التوكيل وبعده. قلت: بالتوكيل يلزم الثمن في ذمة الموكل، ولا يلزم قبله، ولم يكن الوكيل قادراً هناك على إلزام الثمن في ذمة الموكل قبل التوكيل، فصح ما قلنا: إن التوكيل إنما يصح فيما لا يملكه الوكيل قبل التوكيل، فظهر الفرق.

علل شمس الأئمة عدم جواز التوكيل في الاحتطاب: بأنه اكتسابٌ في المحل المباح، وهو موجبٌ للملك، فيكون كل واحدٍ منهما شرطاً لنفسه بعض كسب صاحبه، فيكون كالمفاوض مع صاحبه من غير رأس مال، فلا تكون صحيحةً.

(مفاوضة) هذا شروعٌ في تعداد أنواع الشركة، وانتصابها على التمييز، أي: يكون عقد الشركة تارةً من جهة أن يفوض كلٌ منهما التصرف إلى صاحبه.

(أو عناناً) بفتح العين، أي: تارةً يكون شركةً فيما ظهر لهما من مال الشركة، واشتقاقه من قولك: عن لي كذا إذا ظهر.

وفي «الإيضاح»: ظهور المال ليس بشرطٍ وقت العقد، حتى لو دفع إلى رجل ألفاً، وقال له: أخرج مثلها، فبع واشتر بها، ففعل عند الشراء؛ جاز الشركة.

(أو في الصنائع) أي: شركةً في الأعمال، كالخياطين إذا اشتركا على أن يتقبلا الأعمال، ويعملا على أن ما حصل من العمل فهو بينهما.

(أو بالوجوه) أي: شركةً بالوجوه، وهو أن يشتركا بلا مالٍ على أن يشتريا بوجهاتهما وبيعا، وما ربحا فهو بينهما.

(كانت عقوداً) وهي جوابٌ «إذا». (نحكم بصحتها) أي: الشركة في العقود المذكورة صحيحة عندنا، (ولا نعين العنان) يعني: قال الشافعي: إنما يصح من الشركة شركة العنان، أما المفاوضة؛ فغير جائزة؛ لأنها تقتضي المساواة بينهما في التصرف، وهي غير ممكنة؛ إذ لا بُدَّ لكلٍ منهما حصول مالٍ غائبٍ وغيره، وكذا يتضمَّن الكفالة لمجهولٍ، وإنها فاسدة، وأما الأخرى؛ فلأن الشركة وضعت لتتمير المال، وذا لا يتصور بلا مالٍ.

ولنا: قوله صلى الله عليه وسلم: «فأوضوا، فإنها أعظم بركة»²، والقياس يُترك به، وإن الشركة غير مختصة بتتمير مالٍ، بل قد يكون لتحصيله.

(ولا تصح المفاوضة إلا بين الحرين البالغين العاقلين المسلمين أو الذميين) إنما شرط التساوي في هذه الأوصاف؛ لأن المفاوضة تقتضي³ المساواة في التصرف، ولا تساوي بين الحرِّ والعبد، والبالغ والصبي، والعاقل والمجنون، والذمي والمسلم في التصرف.

¹ د: نعتن.

² لم نجده في كتب الحديث، وقال الزيلعي في نصب الراية 475/3: غريب. وقال ابن حجر في الدراية 144/2: لم أجده. وأخرجه القدوري في التجريد 3026/6؛ والسرخسي في المبسوط 153/11، بلفظ: «فأوضوا...».

³ ح: يقتضي.

يُفهَم من هذا الحصر: أنَّها لا تصحُّ¹ أيضًا بين العبدین، ولا بين الصبیین، ولا بين المكاتبین؛ لعدم صحَّة الكفالة من هؤلاء، وهي من مواجب التجارة.

(ويجيزها) أي: أبو يوسف المفاوضة (مع اختلاف الدین) فيصحُّ بين مسلم وكافر؛ لتساويهما في أهليَّة الوكالة والكفالة، وزيادة أحدهما في التصرف لا يمنعها، كما أنَّ المفاوضة جائزة بين الحنفيِّ والشافعيِّ مع أنَّه يتصرَّف في متروك التسمية عمداً دون الحنفيِّ. (مع الكراهة)؛ لأنَّ الذميَّ لا يهتدي إلى العقود² الجائزة³، فربَّما يصيرُ سبباً لوقوع المسلم في الحرام. وقالوا: لا يجوز؛ لانعدام التساوي بينهما في التصرف، فإنَّ الذميَّ لو اشترى برأس المال خمراً صحَّ، ولو اشترىها مسلم لم يصحَّ، والشريك الشافعيُّ يمكن إزائه بالدليل الشرعيِّ في متروك التسمية؛ لأنَّ ذلك مجتهدٌ فيه، ولا كذلك الذميُّ؛ إذ ليس لنا ولاية الإلزام عليه.

(ولا بُدُّ من لفظ المفاوضة)؛ لأنَّ هذا اللفظ مغنٍ عن تعداد شرائطها، (أو بيان جميع مقتضاها) يعني: لو لم يذكر⁴ لفظ المفاوضة، وبينا جميع مقتضاها؛ صحَّ اعتباراً للمعنى.

(وتعقَّد) المفاوضة (على الكفالة والوكالة)؛ لأنها تقتضي المساواة فيما هو من مواجب التجارة.

فإن قلت: كيف جازتا مع جهالة المكفول له والموكل به؟

قلت: لم يكونا جائزتين مع الجهالة مقصوداً، وإنَّما جازتا هنا في ضمن العقد، فكم من شيء يثبت ضمناً ولا يثبت قصداً. (حتى يدخل في الشركة كلُّ ما يشتره أحدهما) لقيامه مقام الآخر في التصرف، (إلا طعام أهله) وهو متناول للإدام، (وكسوتهم) وكسوة نفسه أيضاً، فإنَّها تكون خاصَّة له، وكان القياس أن يدخل في الشركة؛ لأنَّها من عقود التجارة، إلا أنَّهم استحسنوا باستثناءها؛ لأنَّ كلاً منهما هو العالم بحاجته الراتبية من الطعام والكسوة، ولا يقصد أن يكون ذلك على شريكه عادةً، والاستثناء المعلوم بدلالة الحال كاستثناء المشروط بالقال.

(ويطالبُ البائعُ بالثمن أيُّهما شاء) من المفاوضين، أمَّا من المشتري؛ فبالأصالة، ومن صاحبه؛ فبالكفالة، ويرجع الكفيل على المشتري إن أذى من مال الشركة بقدر حصَّته؛ لأنَّ الثمن كان عليه خاصَّةً.

(ويضمن كلُّ منهما ما لزم الآخر بدلاً عما يصحُّ فيه الشركة) بالتجارة، كالبيع والشراء والإجارة والاستئجار تحقيقاً للمساواة فيما يجب لهما وعليهما.

احتز به عما يكون بدلاً عما لا يصحُّ فيه الشركة، كالهمر وبدل الخلع والصُّلح عن دم العمد، فإنَّه لا يضمن ما لزم الآخر؛ لأنَّها ليست من التجارة.

(ولو كفَّل) أحدُ المفاوضين (أجنبيًّا بمالٍ يآذنه) أي: يآذن المكفول عنه، (فهو لازمةٌ لشريكه) عند أبي حنيفة. وقالوا: لا

يلزمه.

قيَّد بالكفالة بالمال؛ لأنَّ كفالته بنفسه لا يلزم شريكه اتِّفاقاً.

وقيَّد بقوله: «يآذنه»؛ لأنَّها لو لم تكن يآذنه لا يلزم صاحبه اتِّفاقاً.

لهما: إنَّ الكفالة تبرُّعٌ، وتبرُّع أحد المفاوضين لا يلزم الآخر.

وله: إنَّ الكفالة تبرُّعٌ ابتداءً، لكنَّها تجارةٌ بقاءً؛ لكونها بأمر المكفول عنه.

(أو غَصَب) أحدُ المفاوضين شيئاً، وهلك في يده، (يخصُّه) أي: أبو يوسف الغاصب (بضمَّانه) ولا يلزم شريكه؛ لأنَّه ليس من

ضمان التجارة. وقالوا: يلزم شريكه؛ لأنَّ المضمون يكون مملوكاً عند الضمان مستنداً إلى وقت القبض، فيلتحق بضمان التجارة.

(واقرازه) أي: إقراز أحد المفاوضين (للأب) ولمن في معناه ممن لا يقبل شهادته له بولادٍ أو زوجيَّة، (بدلين غيرَ لازمٍ لشريكه)

عند أبي حنيفة. وقالوا: لازمٌ.

¹ د: يصح.

² د - العقود.

³ د: الجائز.

⁴ د: يذكر.

⁵ ح: وينعقد.

⁶ ح - كل.

قَيَّدَ بالمفاوض؛ لأنَّ أحدَ شريكَي العنان لو أقرَّ به لا يلزمُ اتِّفَاقًا.
وقَيَّدَ بقوله: «للأب»؛ لأنَّ إقرارَه لمن يُقبَلُ شهادته له لازمٌ اتِّفَاقًا.
وقَيَّدَ بقوله: «لشريكه»؛ لأنَّه في حقِّ نفسه لازمٌ اتِّفَاقًا.
وهذا الخلافُ بناءً على أنَّ الوكيلَ لا يملكُ العقدَ مع هؤلاء عنده، ويملكُ عندهما.
(وهو) أي: أحدُ المفاوضين (لشرائه جاريةً لنفسه من المال) أي: مال الشركة (بإذنٍ) أي: بإذنٍ صاحبه (غيرُ ضامنٍ للآخر
النصف) بل هي له بغيرِ شيءٍ عند أبي حنيفة. وقالوا: يرجع عليه بنصف الثمن.
قَيَّدَ بالإذن؛ لأنَّه لو كان بدونَه؛ فهي على الشَّرْكة اتِّفَاقًا.
لهما: إنَّه نقد الثمن من مال الشركة، فيضمن لشريكه نصفَه، كما لو اشترى لنفسه طعامًا وكسوةً، ونقد ثَمَنَها من مال الشركة.
وله: إنَّ الإذنَ بالشراء للوطء صارَ إذنًا بأداء الثمن من مال الشَّرْكة، وبه صارَ واهبًا نصيبه منه؛ لأنَّ الوطءَ لا يحلُّ إلا بالملك،
ولم يذكر العوضَ، وكان تمليكًا بغيرِ عوضٍ، وكأنَّه قال: اشترِ جاريةً بيننا، وقد وهبتُ لك نصيبي منها، فلا يرجعُ بشيءٍ، بخلاف الطعام
والكسوة؛ لأنَّهما من الحوائج الأَلامَّة، فهي مستثناة.
وفي «النوادر»: لو قال أحدُ المفاوضين: اشترِ هذه الجارية لنفسِي، فسكت شريكُه؛ لا يكون إذنًا، ولو قال الوكيلُ بشراء
شيءٍ بعينه: اشترِ هذا لنفسِي، فسكت الموكلُ؛ يكون إذنًا، والفرق: أنَّ أحدَ المفاوضين لا يملكُ تغييرَ موجبِ المفاوضة إلا برضاءِ
صاحبه، وفي السكوت احتمالٌ، فلا يثبتُ، والوكيلُ بالشراء يملكُ عزلَ نفسه بعلمِ الموكلِ، رضي الموكلُ أم لا، وقد وجد العلمُ.
(ولو ادَّعى مفاوضةً على آخر) وأنَّ المالَ الذي في يده مألُ الشركة، (فأنكر) الآخرُ، (فبرهن) المُدَّعي، وأثبتَ الشركة، (ثم
ادَّعى ذو اليد ملكيةً عين) من ذلك المالِ بأنَّها ملكُه بإرثٍ أو هبةٍ، وليستُ بداخله في الشركة، فأراد إثباتها (ببينة؛ يرُدُّها) أي: أبو
يوسف البينة؛ لأنَّ ذا اليد البينة الأولى صارَ مقضيًّا عليه بأنَّ ما في يده مألُ الشركة، ولو قُبِلتُ بينةُ ذي اليد على دعواه؛ لزم أن يصير
مقضيًّا له في تلك الحادثة، وهو غيرُ جائزٍ، إلا بتلقِّي الملك من جهة خصمه. (وقبلها) أي: محمدٌ بينةُ ذي اليد؛ لأنَّه إنَّما صارَ مقضيًّا
عليه بالمفاوضة الماضية، لا بأنَّ ما في يده من المالِ نصفان بينهما في الحال، وإنَّما يأخذُ نصفَه باستصحاب حالِ المفاوضة لا
بالقضاء، فلا يلزمُ صيرورةُ المقضيِّ عليه مقضيًّا له في شيءٍ واحدٍ.
هذا إذا لم يذكر تلك العينَ في دعوى المفاوضة، وإن دكرها؛ لا تقبلُ بينةُ ذي اليد اتِّفَاقًا. من «المصنف».
(ولو استحقَّ² رجلٌ عقارًا) وأثبت دعواه (ببينة، فبرهن ذو اليد على تجديده بناءً فيه) أي: في ذلك العقار، (اطرد الخلافُ)
أي: قال أبو يوسف: لا تقبلُ³ بينته؛ لأنَّ العقارَ اسمٌ للعروة والبناء جميعًا عرفًا، ولو قُبِلَ بينته؛ لصارَ ذو اليد مقضيًّا عليه ومقضيًّا له.
وقال محمد: تقبلُ؛ لأنَّ العقارَ اسمٌ للعروة فقط، فلم يصِرْ ذو اليد مقضيًّا عليه في البناء.
هذا إذا لم يذكر المُدَّعي البناءَ في دعواه، وإن دكره؛ لا تقبلُ بينةُ ذي اليد اتِّفَاقًا. وهذه المسألةُ ليستُ من الشركة، لكن دكرها
استطرادًا.
(ولو اشترى) رجلٌ (من أحدهما) أي: أحدَ المفاوضين شيئًا، (ثم وجد عيبًا، فأنكر) بائعُه وجودَ ذلك العيب فيه، فأراد ردَّه
على غيرِ البائع، (يفتي) أبو يوسف (بتحليفه على البتات وحده) أي: لا يستحلف شريكه على العلم؛ لأنَّ النيابة لا تجري في الحلف،
وكلُّ واحدٍ منهما كالوكيلِ والنائبِ عن الآخر في الخصومة، والوكيلُ والنائبُ لا يُستحلفُ. (وأضاف) محمدٌ إلى حلفه على البتات (بيمين
الآخر على العلم)؛ لأنَّه كفيلاً، والكفيلُ يحلف على العلم إذا أنكر سببَ المطالبة، لكنَّه يحلف على العلم⁴؛ لأنَّه استخلفَ على فعل
الغير.

قَيَّدنا بقولنا: «فأراد ردَّه على غيرِ البائع»؛ إذ لو ردَّ على البائع يستحلف على البتات اتِّفَاقًا. من «المصنف».

¹ د - بإذن.

² د: واستحق.

³ د: يقبل.

⁴ د - لكنه يحلف على العلم.

(وإذا ملك) أحدُ المفاوضين (ما تصحُّ¹ فيه الشركة) كالدراهم والدنانير بأن وُثِّقَ لها، أو وُهِبَتْ له، وقبضها، (صارت عناناً) لفوات شرط المفاوضة، وهو المساواة فيما يصلح رأس المال ابتداءً وبقاءً، ولو ملك ما لا يصحُّ فيه الشركة كالعروض والعقار والديون لا يبطل المفاوضة.

(ولو فاضه) أي: شارك مسلمًا شركة مفاوضة (مرتدٌ توقفت) شركته اتفاقًا؛ لانعدام شرط التساوي، فإن أسلم نفذت. (وإن قُتِلَ فهي باطلة) أصلًا عند أبي حنيفة. (وقالا: عنان) أي: تلك الشركة صارت عنانًا. ثمرة الخلاف يظهر فيما قبل الموت؛ لأن المفاوضة تبطل² بعده اتفاقًا.

قيد بالمفاوضة؛ لأن العنان من المرتد جائز اتفاقًا. هذا هو المذكور في «الكافي» وشرح «المنظومة». ولكن ذكر في «المحيط»: أن عنان المرتد على هذا الخلاف؛ لأن تصرف المرتد موقوف عند أبي حنيفة، فيبطل عنانُه إذا قُتِلَ، وعندهما نافذ، فلا يبطل³ عنانُه، فعلى هذا لا يكون قوله: «لو فاضه» احترازًا عن العنان.

ويقيد بالمرتد؛ لأن المرتد لو فاضت يصير⁴ عنانًا اتفاقًا؛ لأنها لا تُقتل، وتصرفاتها نافذة.

وفي «المحيط»: ينبغي أن تجوز مفاوضة المسلم مع المرتد، ويكره، كمفاوضة المسلم مع الذمي عند أبي يوسف.

لهما: إن تصرفات المرتد نافذة مهما أمكن، وجعلها عنانًا ممكنًا هنا.

وله: إن المرتد إذا قتل بطل تصرفه من حين الارتداد؛ لأنه هو السبب لهلاكه.

(ولا تصح المفاوضة والعنان إلا بالنقدين وتبرهما إن جرى به) أي: بالتبر، وهو ما يكون غير مضروب (التعامل) قيد به؛ لأنه

ذكر في «المبسوط»: أن التبر يصلح أن يكون رأس مال الشركة؛ لأنها مخلوقة للثمنية، وذكر في «الجامع الصغير»: أنه بمنزلة العروض. وقال صاحب «الهداية»: هذا هو الأصح؛ لأنها وإن خلقت للتجارة، لكن الثمنية يختص بالضرب المخصوص، ولهذا قبل الضرب يصرف إلى شيء آخر من صياغة الخاتم وغيره، وبعده لا يصرف ظاهرًا، فيعتبر فيه العرف إن جرى التعامل باستعمال التبر ثمنًا يكون كالمضروب، وإن لم يجز يكون كالعروض.

إنما لم يصح العروض أن يكون رأس مال الشركة؛ لأن أول تصرف في العروض بعد الشركة يكون بيعًا، فلم يصح أن يبيع أحد ماله على أن يكون الآخر شريكًا في الثمن، وفي النقدين أول تصرف يقع بعدها يكون شراءً، وجاز أن يشتري إنسان بماله شيئًا على أن يكون بينه وبين غيره.

(وأجاز) محمد (الشركة والمضاربة بالفلوس النافقة)؛ لأنها تروخ كالأثمان، حتى لا يتعيَّن بالتعيين عنده. وقال: لا يجوز؛ لأن

الثمنية ليست بلازمة لها، وإنما ثبت رواجها بالاصطلاح، وإذا تبدل ساعة تصير سلعة، فلا يصلح أن يكون رأس المال.

(ويوافق) أبو يوسف (في رواية، ويخالفه في المضاربة في أخرى) يعني: روي عنه: أن المضاربة بالفلوس النافقة غير جائزة؛

لأنها لو كسدت يحتاج إلى أخذ رأس المال بالقيمة، وهي مجهولة، والشركة بها جائزة؛ لأنها لو كسدت في الشركة يأخذان رأس المال عددًا، ولا جهالة فيها.

(وأجزناها) أي: الشركة (مع اختلاف النقدين ومن دون خلط) أي: بلا خلط المالين إذا كانا من جنس واحد. وقال زفر: لا

يجوز؛ لأن محل الشركة هو المال، والاشتراك إنما يحصل فيه بالخلط، ولهذا لو هلك مال أحدهما قبل الخلط هلك من نفسه، ومع اختلاف الجنس لا يُصوَّرُ الخلط؛ لثبوت الامتياز بينهما، فلا تجوز معه الشركة.

ولنا: إن معنى عقد الشركة أن يكون كل واحدٍ منهما وكيلًا عن صاحبه في الشراء بالمال الذي عيَّنه للشركة، وهذا يحصل بدون

خلط.

(ولا تجوز) الشركة (بالمكيل والموزون والمعدود المتقارب قبل الخلط) اتفاقًا؛ لأنه يتعيَّن بالتعيين، فينبئ منزلة العروض.

(ويجزئها بعده) أي: أبو يوسف الشركة بعد الخلط، وهو جنس واحد (شركة ملك)؛ لأنها تتعيَّن بالتعيين بعد الخلط كما تتعيَّن قبله،

وما يتعيَّن بالتعيين لا يصلح أن يكون رأس مال الشركة. (لا عقد) أي: قال محمد: تجوز الشركة فيها شركة عقد.

1: د: يصح.

2: د: يبطل.

3: د: تبطل.

4: د: تصير.

قَيَّدنا بقولنا: «وهو جنسٌ واحدٌ»؛ لأنَّهما إذا خلطا جنسين، ثم عقدا¹ الشركة؛ لا ينعقد شركة العقد اتِّفَاقًا؛ لأنَّها ثَمَنٌ من وجهٍ، ولهذا جاز البعْجُ بها دينًا في الذمَّة، ومبيحٌ من وجهٍ؛ لأنَّها تَعَيَّنُ بالتعيين، فعملنا بالشَّبهين، فجعلناها كالعروض قبل الخلط؛ لأن معنى الوكَّالة لا يتحقَّق قبله، إذ لا يصحُّ أن يقال: اشترى بحنطتك شيئًا على أن يكون الربحُ بيننا، وكان نقود بعده، فيجوز الشَّرْكَةُ بها. وثمرة الخلاف يظهر فيما إذا تساويا في المالين، واشترطوا التفاضل في الربح، فعند أبي يوسف: لا يجوز؛ لأن الربح يكون بقدر الملك، وعند محمد: يجوز.

(ولا يجوز) الشركة (بالعروض) أي: يكون مالهما عروضًا، وهو جمع عَرَضٍ بسكون الراء، ويجوز تحريكها قليلًا، وفي «الصحاح»: العروض: الأمتعة التي لا يدخلها كيلٌ ولا وزنٌ، ولا يكون حيوانًا ولا عقارًا. **(إلا بيع التَّصْف)** أي: نصف عرض نفسه **(بالتصّف)** أي: بنصف عرض صاحبه **(عند تساوي القيمتين)** حتى يصير مال كلٍّ منهما مشتركًا بينهما شركة ملك، ولو كان بينهما تفاوتٌ في القيمة بأن يكون قيمة أحدهما مائة مثلًا وقيمة الآخر أربعمئة؛ يبيع صاحب الأقلِّ أربعة أخماسٍ عرضه بخمسة عرض الآخر، فيصير المتاع كلُّه بينهما أخماسًا، ويكون الربحُ بينهما على قدر رؤوس² ماليهما.

ثم اختلف في تعيين هذه الشركة، قال صاحب «الهداية»: هذه شركة ملك؛ لأن العروض لا يصلح رأس مال الشركة. ذكر في «شرح الأقطع»: أنَّها شركة عنانٍ، كما إذا اشتركا بالدرهم، وإنَّما يتبايعا على هذا الوجه ليكون نصفُ عرض كلٍّ منهما مضمونًا على صاحبه، فيكون الربحُ من مالهما ربحٌ مالٍ مضمونٍ، ولو لم يتبايعا على هذا الوجه لكان عَرَضُ كلٍّ منهما غير مضمونٍ عند صاحبه، فيكون ربح مال صاحبه ربح ما لم يضمن، فلا يجوز.

(وينعقد العنان على الوكَّالة)؛ لأن المقصود من الشركة - وهو التصرف في مال الغير - لا يكون إلا بها عند عدم الولاية **(دون الكفالة)؛** لأنها إنَّما يثبت في المفاوضة لضرورة المساواة، والعنان لا يقتضيها.

(ولو شرط فُضِّلَ الربح مع تساوي المال أو بالعكس) بأن شرط التساوي في الربح مع التفاضل في المال، **(أجزأه)** وقال زفر: لا يجوز؛ لأن الربح فرغ للمال، فيكون بقدر الشركة في الأصل.

ولنا: قوله صلى الله عليه وسلم: «الربح على ما شرط، والوضعية على قدر المالين»³. وفي «الخانية»: شرط التفاضل في الربح مع تساوي المالين إنَّما يصحُّ إذا شرط العملُ عليهما أو على من شرط له فضلُ ربح، وإن شرط العملُ على أقلِّهما ربحًا؛ لا يجوز، فالربح لهما على قدر مالهما؛ لأن الربح لا يستحقُّ إلا بمالٍ أو بضمانٍ عملي، وليس لصاحب فضل ربح فضل مالٍ ولا ضمان عملي.

(أو التفاضل في الوضعية) أي: لو شرط أن يكون الخسرانُ بينهما أثلثًا مثلًا، **(والمال سواء)** أي: والحال أن ماليهما⁴ متساويان **(بطل الشرط)؛** لأن كلاً منهما أمينٌ على الآخر، وشرطُ زيادة الوضعية على أحدهما يكون تضمينًا للأمين، وذا لا يجوز. وإنَّما لم يؤثِّر هذا الشرطُ في بطلان الشركة؛ لأنَّه شرطٌ تعلق المعقود عليه، لا العقد.

(ويصحُّ) عقد العنان (بالبعض) أي: بعض المال من أحدهما **(دون البعض)** من الآخر؛ لأن تساوي المال ليس بشرط فيه، **(ويطالب)** بفتح اللام **(المشتري منهما بالثمن)** أي: من باع من أحدهما شيئًا يُطلبُ ثمنه منه لا من شريكه؛ لأن العنانَ تضمن الوكَّالة دون الكفالة، والوكيل أصيلٌ في حقوق العقد، **(ويرجع)** المشتري على شريكه **(بحصته)** من الثمن **(إن أذاه من مال نفسه)** قيَّد به؛ لأنَّه لو أذاه من مال الشركة لم يرجع عليه.

(ولو باع أحدهما، فأجل شريكه) الثمن من المشتري إلى مدَّة معلومة، **(فهو باطل)** أي: تأجيله عند أبي حنيفة مطلقًا. **(وأجزأه في نصيبه)** ضميرُ «أحدهما» راجعٌ إلى شريكي العنان؛ لأن أحدَ المفاوضين يملك التَّأجيلَ اتِّفَاقًا.

قيَّد بقوله: «شريكه»؛ لأن الرجل الذي ولي المبيعة يجوز تأجيله في النصيبين عند أبي حنيفة ومحمد. من «الحقائق»⁵.

¹ د: عقد.

² د: رأس.

³ لم أحده، وقال الزليعي في نصب الراية 475/3: غريب جدًا. وأخرجه القدوري في التجريد 3049/6 من قول علي، ورفع المرغناني في الهداية، 9/3 والموصلي في الاختيار، 16/3.

⁴ ح: مالهما.

⁵ د - قيد بقوله: شركة.

لهما: إنّه تصرفَ في نصيب نفسه وغيره، فينفدُ في نصيبه دون نصيب غيره.

وله: إن تأجيله لو جاز في نصيبه؛ لزم¹ قسمة الدين قبل القبض، بأن يتميَّز نصيبُ أحدهما عن الآخر في تعجيل المطالبة، وذا لا يجوزُ.

(ويصحُّ في الكلِّ) أي: التأجيلُ في كلِّ الثمن (إذا قال) لشريكه: (اعمل برأيك)؛ لأن التأجيلَ في نصفه يكون بالأصالة، وفي

الآخر بالنيابة.

(ولو هلك المالكان أو أحدهما قبل الشراء بطلت الشركة)؛ لأنها عُقدت لاستنماء المال، فلا يُتصوَّرُ بعد هلاكه.

(وإن اشترى) أحدُ الشريكين (بماله، فهلك الآخرُ) أي: المالك الآخرُ، (كان المشتري مشتركاً) بينهما على ما شرطاً؛ لأن

عقد الشركة كان قائماً وقت الشراء، فلا يتغيَّرُ حكمه بهلاك المالك الآخر. **(ويرجع بحصَّته) من الثمن على شريكه؛ لأنَّه اشترى نصفه بالوكالة، وتقدَّ الثمن من مال نفسه.**

قيد بقوله: «إن اشترى بماله فهلك»؛ لأنَّه إن هلك مال أحدهما، ثم اشترى الآخرُ؛ كان ما اشتراه لمن اشتراه خاصةً؛ لأن

الشركة بطلت وبطل ما في ضمنها من الوكالة، إلا أن يصرِّح بالوكالة في الشركة بأن ما يشتره من جهة الوكالة يكون مشتركاً بينهما، فحينئذٍ كان ما اشتراه مشتركاً بينهما؛ لأن بطلان الشركة لا يوجب بطلان الوكالة المصرَّح بها، ويرجع على شريكه بحصَّته.

(ولا يجوز بشرط تسمية دراهم من الربح لأحدهما)؛ لأن هذا الشرطُ معيَّرٌ موجبٌ الشركة؛ إذ قد لا يربح إلا ذلك القدرُ.

(ويبضع) أي: يعطي من مال الشركة رجلاً، ويشترط أن يكون كلُّ الربح لربِّ المال (كلُّ من شريكي النوعين) وهما العنانُ

والمفاوضة، **(ويودع ويضارب) أي: يدفع المالَ مضاربةً، وأما لو أخذه مضاربةً، فإن كان ليتصرفَ فيما ليس من جنس تجارتهما؛ فهو له خاصةً، وإن كان ليتصرفَ فيما كان من جنس تجارتهما أو مطلقاً حال غيبة شريكه؛ يكون الربحُ مشتركاً بينهما. كذا في «المحيط».**

(ويوكِّل) ويستقرض ويستأجر؛ لأن كلاً منها من توابع التجارة، ولكنَّ أحدَ شريكي العنان ليس له أن يرهنَ ويترهنَ، وكان لأحد

المفاوضين ذلك؛ لأنَّه كان يملك الإيفاء والاستيفاء من نصيب شريكه حقيقةً، فيملكه حكماً، ولا كذلك شريك العنان.

وفي «المحيط»: لو اشترى أحدُ شريكي العنان ما هو من جنس تجارتهما، وأشهد عند الشرى أنَّه يشتره لنفسه؛ فهو مشتركٌ

بينهما؛ لأن كلَّ واحدٍ منهما فيما كان من جنس تجارتهما في التصف بمنزلة الوكيل بشري العين، والوكيل بشري شيءٍ بعينه لا يملك أن يشترى لنفسه إذا لم يشتره بالعرض، أو بخلاف جنس الثمن الذي سمَّاه الموكلُ، فكذا هذا. ولو اشترى شيئاً ليس من جنس تجارتهما؛

فهو له خاصةً، ولو أقال أحدهما فيما باعه الآخرُ؛ جاز الإقالة؛ لأنَّها بمعنى البيع في تحصيل الربح؛ لأنَّه يتحقَّقُ بالبيع وبالإقالة أخرى. **(ويكون أميناً) أي: الوكيل؛ لأنَّه قبض المالَ بإذن مالكه.**

(وإذا اشترك الصانعان) المتحذان في العمل (على أن يتقبَّلا الأعمال، ويقتسما الكسب؛ جاز) وهذه شركة الصنائع، مرَّ

الخلافاً في جوازها مع الشافعيّ.

(وأجزاها مع اختلاف الصنعة) وقال زفر: لا يجوز؛ لعجز كلِّ منهما عن الصنعة التي يتقبَّلها شريكه.

ولنا: إنَّ صحَّةَ هذه الشركة باعتبار الوكالة، والتوكيل بتقبل العمل صحيحٌ، والعملُ ليس بلازم على الموكل، فله أن يقيمه بأجرة.

(ويجوز التفاضل في الربح مع استواء العمل)؛ لأن هذا الربح بدلُ العمل، وهو متفاوتٌ في القيمة، فيصحُّ التفاوتُ في بدله.

(ويلزمهما) أي: الشريكين في الصنائع (ما يتقبَّله أحدهما)؛ لأنه يقبله لنفسه بالأصالة، ولشريكه بالوكالة، (فيطالب كلُّ منهما

بالعمل)؛ لأن العمل هنا كالثمن في الشركة في المال، فكما يرجع² على شريكه هناك بالثمن؛ يرجع عليه هنا بالعمل، لكنَّ رجوعه إنَّما أمكن قبل العمل؛ إذ بعد الفراغ منه امتنع تضيُّمه.

(ويطالب) بكسر اللام (بالأجر) أي: لكلِّ منهما أن يطلب أجرة العمل، والدافع إلى أيَّهما دفع برئ.

(ولو أقرَّ أحدُ قسَّارين أنَّهما قبضا الثوب) للقصارة، (وأنكر الآخرُ؛ ينفذه) أي: أبو يوسف الإقرار (عليهما) لأنَّهما مستويان

في ضمان الشركة، والعينُ مضمونةٌ في يدهما. **(وخصَّ به) أي: محمداً الإقرار بالمقرِّ، كإقرار أحد شريكي العنان بدين.**

¹ د: يلزم.

² د: ترجع.

وينعقدُ شركةُ الوجوه على الوكالة) لِمَا سبق بيانه في العنان، (ويقتسمان¹ الربح على قدر المشتري) أي: إذا شرطاً أن يكون المشتري بينهما نصفين أو أثلاثاً؛ فالربح يكون كذلك، ولو شرطاً أن يكون الربح لأحدهما أزيد من قدر المشتري؛ فالشرط باطل؛ لأن استحقاق الربح في هذه الشركة بالضمان، والضمان بقدر الملك في المشتري، فكان الربح الزائد عليه ربح ما لم يضمن، وإذا غير جائز، بخلاف العنان، فإن استحقاق الربح ثمة باعتبار العمل، لا باعتبار المال.

(ولا تصح الشركة في الاحتطاب) أي: في قطع الحطب (والاصطياد)؛ لأن التوكيل غير جائز فيهما؛ لِمَا سبق في أوائل

الكتاب.

(ولو أعان أحدهما) أي: أخذ شريكي الاحتطاب أو الاصطياد الشريك الآخر، (فاستحق) المعين (أجر مثله) لفساد عقد الشركة، (يحكم له) أي: أبو يوسف للمعين (نصف قيمة الحاصل) من الحطب والصيد؛ لأنه رضي به، كما لا يتجاوز عن المسمى في الإجارة الفاسدة. (لا بالغاً ما بلغ) يعني: قال محمد: له أجر مثله بالغاً ما بلغ؛ لأن قيمة الحطب مجهولة، والرضا بالمجهول لغو، فيسقط.

وَصَحَّ في إعانة أحدهما؛ إذ لو أخذ أحدهما ولم يعمل الآخر شيئاً؛ فهو للعامل، وإن أخذه معاً؛ فهو بينهما نصفان. من

«الحقائق»².

(ويؤذي صاحب البعل أجره مثل الراوية وبالعكس) يعني: إذا اشترك صاحب بعلٍ وصاحب راوية ليستقي عليه الماء، ويكون

الكسب بينهما؛ فسدت الشركة؛ لانعقادها على إحراز المباح، ويكون الكسب لمن استقى؛ لأنه هو المحرز، فإن كان هو صاحب بعلٍ؛ يؤذي أجره مثل الراوية، وإن كان صاحب راوية؛ يؤذي أجره مثل بعلٍ.

(ويجعل الربح في الشركة الفاسدة على قدر المال) فيبطل شرط فضله لأحدهما؛ لأن العقد لَمَّا فسَدَ ما هو المشروط

فيه، فيبقى الاستحقاق بقدر المال.

(فإن مات أحدهما) أي: أحد الشريكين، (أو ارتد) ولحق بدار الحرب، (وحكم) القاضي (بلحاقه؛ بطلت) الشركة؛ لبطلان

الوكالة الكائنة في ضمنها، سواء علم الشريك موت شريكه أو لا؛ لأنه عزل حكماً، بخلاف العزل القصدى، فإنه موقوف على العلم.

(وليس لأحدهما أن يؤذي زكاة مال الآخر إلا بإذنه)؛ لأنه نائب عن صاحبه في التجارة، لا في أداء الزكاة. (فإن إذن) صاحبه

أن يؤذي الزكاة، (فأدى بعد أدائه) أي: أداء شريكه، (فهو ضامن) أي: المؤذي الثاني عند أبي حنيفة (مطلقاً) أي: علم بأداء الأول أو

لا. (وقال: إن علم) أداء صاحبه فأدأها ضمن، وإلا فلا، وكذا إن أدباً معاً ضمن كل منهما نصيب شريكه عنده مطلقاً، وعندهما إن علم. وقعت هذه المسألة مكررة، فإنها مذكورة في باب الزكاة قبيل فصل صدقة الإبل، والدليل من الطرفين مذكور هناك.

(كتاب المضاربة)

وهي من الضرب في الأرض، وهو السير، قال الله تعالى: ﴿وَأَخْرَجُوا بِضُرُونًا فِي الْأَرْضِ﴾ [المزمل، 20/73] أي: يسرون

للتجارة وفي، الشرع عبارة عن دفع المال إلى الغير ليتصرف فيها، ويكون³ الربح بينهما على ما شرط. سمي العقد بها؛ لأن المضارب يسير لطلب الربح غالباً، روي أن العباس دفع ماله مضاربة، فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم، فأجازته⁴، فاجتمع الصحابة على ذلك.

(وتنعقد⁵ على الشركة في الربح) ويثبت الاستحقاق فيه (بمال من أحدهما، وعمل من المضارب، فإن شرط كله) أي: كل

الربح (للعامل كان) المأل كله (قرضاً، أو لرب المال) أي: إن شرط كله لرب المال (كان بضاعة).

(وإذا قبض) المضارب (المال كان أميناً)؛ لأنه قبضه بأمر مالكه، لا على وجه البذل، كالمقبوض على سوم الشراء⁶، ولا على

وجه الوثيقة كالمرهون.

¹ ح: ويقتسما.

² د - وضع في إعانة.

³ د: فيكون.

⁴ سنن الدارقطني، 53-52/4.

⁵ د: وتنعقد.

⁶ د: الشرى.

(وإذا تصرف) المضارب فيه (كان وكيلًا)؛ لأن تصرفه مضافٌ إلى أمر المالك، (وإذا ربح صار شريكًا) لاستحقاقه جزءاً من الربح بالعمل. (فإن فسدت) المضاربة (كان أجيروا)؛ لأن المضارب عاملٌ لرب المال، وما شرط له كالأجرة على عمله، ومتى فسدت ظهر معنى الإجارة. (وإن خالف) المضارب ربَّ المال فيما شرطه (كان غاصبًا) لوجود التعدي منه على غيره.

(ولا تصحُّ إلا بما تصحُّ به الشركة) فلا تجوز¹ المضاربة في الاحتطاب ولا في غيره من المباحات؛ لأن المضاربة متضمنةٌ للوكالة، والمباح لا يقبل التوكيل فيه؛ لِمَا مرَّ بيانه في الشركة.

(ولو قال: بع هذا العرض، واعمل في ثمنه) مضاربةً، (أو اقبض) أي: لو قال: اقبض (مالي على فلان) من الدين، (واعمل به جاز)؛ لأن المضاربة في المسألة الأولى أضيفَ إلى ثمن العرض، وثمنه مما تصحُّ فيه المضاربة، وفي المسألة الثانية أضيفت إلى زمان القبض، والدين إذا قبض صار عيناً، فيجوز.

(لا بالدين) أي: لو قال: اعمل بالدين الذي لي في ذمتك لا يجوز² اتفاقاً، أمَّا عند أبي حنيفة؛ فلبنائه على أصله من أن التوكيل بالشراء بماله عليه لا يصحُّ؛ لأن الدرهم متعينةٌ في الوكالة، فيكون الدين متعيناً بأن يشتري به، وهو غير متصور، فيفسد، فيقع الشراء للمأمور، فلا تصحُّ المضاربة. وأمَّا عندهما؛ فلبنائهما على أصلهما من أن التوكيل بالشراء بماله عليه صحيح؛ لأن الدرهم المنقودة لا يتعين، فأولى أن لا تتعين حال كونها في الذمة، فيكون أمره بالشراء مطلقاً، فيصحُّ، فيكون المشتري واقعاً للموكل، فيصير المضاربة بعد ذلك مضاربةً في العروض، فلا تصحُّ.

(ويشترط) في صحَّة المضاربة (شيوغ الربح) بينهما بأن يكون أثلاثاً أو منصفاً أو نحوهما³. (فلو شرط لأحدهما دراهم مسمأة فسدت) المضاربة؛ لأنه قد يحصل فيها ذلك المقدار، فتقطع الشركة في الربح، (فيكون الربح لرب المال)؛ لأنه نماءٌ ملكه، (والمال أمانة) في يد المضارب كما لو كان العقد صحيحاً، (وللمضارب أجرٌ مثله)؛ لأنه لم يرضَ بالعمل مجاناً، ولا سبيل إلى المستى المشروط لفساده، فيصار إلى أجر المثل. (فيحكم به) أي: أبو يوسف بأجر المثل (إن ربح) وإلا فلا؛ لأنه إذا لم يربح في المضاربة الصَّحِيحة لم يستحق شيئاً، فكذا في الفاسدة. (ويمنع) أبو يوسف أيضاً (مجاوزة المشروط) أي: ما شرط للمضارب من الربح، وهو وإن كان مجهولاً في الحال، لكنَّه يصير معلوماً عند الحصول، مثلاً: إذا شرط للمضارب ثلث الربح، وكان ثلاثين درهماً، فثلثه صار معلوماً، وهو عشرة، وأجرٌ مثله إذا كان زائداً على العشرة؛ لا يتجاوز عنها. (وخالفه فيهما) محمداً، أي: قال: يجب الأجر وإن لم يربح بالغا ما بلغ؛ لأن تسليم العمل وجد منه، فيستحق الأجر.

(ويشترط) في صحَّة المضاربة (التسليم) أي: تسليم المال (إلى المضارب) والتخليه أيضاً، حتى لو لم يسلمه، فاشتري المضارب به، فربح؛ يكون الربح كله لرب المال، أو سلمه وشرط فيه أن يعمل ربَّ المال؛ تفسد المضاربة؛ لانعدام التخليه، فالمعتبر فيه عمل المالك لا العاقد، حتى لو دفع الأب أو الوصي مال الصغير وشرط عمل نفسه جاز؛ لأنَّهما من أهل أن يأخذوا مال الصغير مضاربةً بأنفسهما، فجاز اشتراط⁴ العمل عليهما، ولو شرط عمل الصغير؛ لم يجز؛ لأنه مالك، وكذا المأذون لو دفع ماله مضاربةً، وشرط عمله مع المضارب؛ لم يجز؛ لأن اليد المتصرفه ثابتة له، فنزل منزلة المالك. كذا في «المحيط».

(وإذا أطلق المضاربة) أي: لم يقيدها ببلدٍ ولا بعملٍ في نوعٍ مخصوصٍ (باع المضارب، واشتري، ورهن، واسترهن، وأبضع، وأودع، ووكل، وسافر، وآجر، واستأجر)؛ لأن الربح إنما يحصل بالتجارة، وكل ذلك من صنيع التجار.

(ولا يضارب) أي: لا يدفع المضارب المال مضاربةً (إلا بإذن) أي: بأن يأذن له ربُّ المال عليه صريحاً، (أو تفويض) بأن يقول له ربُّ المال: اعمل برأيك في المال؛ لأن الشيء لا يتضمَّن مثله إلا بالتفويض عليه أو بالتفويض المطلق إليه، كما أن الوكيل ليس له أن يوكل غيره إلا بما قلنا.

فإن قلت: جاز للمكاتب أن يكاتب، وللمأذون أن يأذن، وللمستعير أن يعير، فكيف تضمن هذه العقود أمثالها؟
قلت: إنَّهم يتصرفون بحكم المالكية، لا بحكم النيابة، فالمكاتب والمأذون متصرفون لنفسه، والمستعير مالكٌ للمنفعة

1 ح: يجوز.

2 د: تجوز.

3 د: ونحوهما.

4 د: اشراط.

(ولا يقرض، ولا يهب، ولا يتصدق إلا بتنصيب) فقط، والتفويض لا يتناول هذه الأشياء؛ لأن الغرض منه التعميم فيما هو عادة التُّجار في الاسترباح، وهذه الأشياء تُبرِّع محض، فلا يتناولها.

(وإن خصَّها) أي¹: ربَّ المال المضاربة (ببلدة أو سلعة) معيَّنين، (أو معامل) أي: بمعاملة عامِلٍ بعينه، (لم يتجاوز ذلك) أي: المضاربُ عما عيَّنه؛ لأن المضاربة توكيلٌ، وفي التخصيص فائدة؛ لتفاوت الناس في المعاملة قضاءً واقتضاءً، ولو تجاوز عنه يكون متعديًا يضمن المأل، ويكون ما في يده مع ربحه له.

قيَّد بالبلدة؛ لأنه لو خصَّها بسوقٍ معينٍ منها لا يتقيَّد به؛ لأن البلدة كبقعةٍ واحدة، فتفاوت أسواقها قليلٌ، إلا إذا صرَّح بالنَّهي بأن قال: اعمل في هذه السوق، ولا تعمل في غيره. المراد من تخصيص البلدة: أن يقع التجارة فيها، حتى لو عامِلٌ مع غير أهلها فيها جاز. كذا في «التبيين».

(أو بمدَّة) أي: لو خصَّها بوقتٍ معيَّنٍ (بطلت) المضاربة (بمضيِّها)؛ لأن التقييد بالزمان مفيدٌ، كتقييده بالمكان.

(ولا يزوّج) المضاربُ (عبدًا ولا أمةً) من مال المضاربة؛ لأن ذلك ليس من التجارة.

(ولا يشتري) بمال المضاربة (من يعتقُّ على المالك) أي: على ربِّ المال بقرابةٍ أو يمينٍ، كالمحلوف بعته؛ لأن الغرض من هذا العقد الاسترباح بتكرار التجارة، وهذا الشراء ينافيه².

(فإن فعل) أي: اشترى من يعتقُّ عليه (ضمين)؛ لأنه صار³ مشترياً لنفسه، وناقداً ثمنه من مال المضاربة.

(ولا من يعتقُّ عليه) أي: لا يشتري من يعتقُّ على المضارب (إن كان ربحاً) في مال المضاربة؛ لأن نصيبه يعتقُّ عليه، ويفسُد نصيبُ ربِّ المال، فينافي ما هو المقصود.

وفي «التبيين»: المراد من كون الربح في المال: أن يكون قيمة العبد المشتري أكثر من رأس المال، سواء كان في جملة مال المضاربة ربحاً أو لا؛ لأنه إذا كان قيمة العبد مثل رأس المال أو أقل لا يظهر ملك المضارب، بل يجعل مشغولاً برأس المال، حتى إذا كان رأس المال ألفاً، وصار عشرة آلاف، ثم اشترى المضارب من يعتقُّ عليه وقيمه ألفاً أو أقل؛ لا يعتقُّ عليه؛ لأن كل واحد مشغول برأس المال، وإذا زادت قيمته حتى صارت أكثر من رأس المال عتق نصيب المضارب؛ لأنه ملك بعض قريبه، فوجب أن يعتق بقدره، ولم يضمن لربِّ المال شيئاً؛ لأنه لا صنُع⁴ له فيه، ويسعى العبد في نصيب ربِّ المال.

(وإن لم يكن) في المال ربحاً، (فاشترى) من يعتقُّ عليه، (فازدادت القيمة) أي: قيمة ما اشتراه (عتق نصيبه)؛ لأنه ملك لبعض قريبه، ولا ضمان عليه؛ لأنه لا صنُع له في ازدياد القيمة، (وسعى العبد في قيمة نصيب ربِّ المال) لاحتباس ماليته عنده.

(ولو اشترى بألف المضاربة عروضاً، واقترض مائة لحملها) أي: ليكون أجره لحمل العروض، (فله بيعها) عند أبي حنيفة (مرايحةً على الكل) أي: على الألف والمائة، (وحصة المائة له) يعني: يُقسَّم الربح على أحد عشر سهماً: عشرة أسهم من ذلك حصَّة المضاربة على ما شرطاً، وسهم واحد للمضارب، والكرأ في ماله.

اعلم أنَّ ما يفعله المضارب أنواع:

نوعٌ يملكه بمطلق المضاربة، وهو ما يكون من توابعها، كالتوكيل بالبيع والاستئجار والشراء والإيداع وغيرها.

ونوعٌ لا يملكه بمطلقها، بل يملكه إذا قيل له: اعمل برأيك، كدفع المال مضاربةً، وشركة المضارب مع غيره شركة عتائٍ.

ونوعٌ لا يملكه إلا أن ينصَّ عليه ربُّ المال، كالاستقراض لقصارة متاع المضاربة ونقله والعتق والإقراض، وإذا كان كذلك؛ صار مستقرضاً المائة لنفسه، فيكون حصَّة ذلك من الربح خاصَّةً له⁶.

(وقال: على الألف) يبيعها مباحةً لا غير، والربح كُله على المضاربة؛ لأن المضارب متبرِّع فيما أكرى لحملها؛ لأنه فعله بغير

إذنٍ، فصار كاستكراء أجنبيٍّ، وذا لا يضمُّ، فكذا هذا.

1 ح - أي.

2 ح: تنافيه.

3 د - صار.

4 ح: زاد.

5 د: صنعة.

6 ح - اعلم أن ما يفعله.

وله: إنَّ المضاربَ أصيلٌ في العقد كالوكيل، فيبيعها مرابحةً بما قامت عليه، وهو ألف ومائة؛ لأنَّ للحمل أثرًا في قيمة العين، واستقراره نَفْدٌ على نفسه، فصارت المائة ملكًا له، فحَصَّتْها من الربح تكون له، كما لو اشترى بماله متاعًا، فخلطه في مال المضاربة. (ولو تصرّف بما نُهي عنه) أي: اشترى المضارب ما نهى ربُّ المال عنه، ثم باعه، (فأجاز) ربُّ المال تصرّفه (لم يجيزوه) فيكون ما اشتراه للمضارب، وربيحُه أيضًا. وقال مالكٌ: يجوز، فيكون المأل والربح على المضاربة؛ لأنَّ الإجازة في الانتهاء كالإذن له من الابتداء.

ولنا: إنَّ ما اشتراه المضارب صار له لشرائه بغير إذن رب المال، فتصرّفه بعد ذلك يكون في مال نفسه، فلا يتوقّف على إجازة غيره.

(ولو ادّعى) ربُّ المال (التقييد) أي: تقييد عقد المضاربة بنوع أو بمكان، (والمضارب) ادعى¹ (الإطلاق؛ جعلنا القول له) أي: للمضارب؛ لأنَّ الأصل في المضاربة الإطلاق، وربُّ المال يدّعي القيد العارض عليه، وهو ينكره. (لا للأول) أي: قال زفر: القول لربِّ المال؛ لأنَّ المضارب يدّعي وجودَ الإذن منه، وربُّ المال ينكره. وإن أقاما البينة أخذَ بينة ربِّ المال، وقت أحدهما أو لم يوقّت، وإن وقتًا يؤخذ بينة صاحب الوقت الأخير، وإن ادّعى كلُّ واحدٍ نوعًا؛ فالقول لربِّ المال. كذا في «المحيط».

(ولو باع) المضارب (من رب المال ما اشتراه به) أي: بمال المضاربة (أجزناه) وقال زفر: لا يجوز؛ لأنَّ ما اشتراه المضارب مأل لرب المال، وشراء الإنسان مأل نفسه باطل.

ولنا: إنَّ مأل المضاربة كالمملوك للمضارب للثبوت حتى التصرّف له فيه، فيجوز شراؤه كما جاز شراء المولى من مكتبة شيئًا من أكسابه.

(أو دفع) المضارب (المأل إليه) أي: مال المضاربة إلى ربِّ المال (مضاربة؛ حكمنا ببقاء) المضاربة (الأولى، لا بانفاسها) أي: قال زفر: ينفسخ العقد الأوّل.

ويقد بالدفع؛ لأنَّه لو كان المأل نقدًا، فأخذه ربُّ المال بغير إذن المضارب، فعمل به؛ انتقض المضاربة اتّفاقًا؛ لأنَّه لا يحمل على الإعانة؛ لعدم إذن المضارب، فيكون لنفسه، ومن ضرورته نقض العقد.

ويقدنا بكون المأل نقدًا؛ لأنَّه لو كان عروضًا، فأخذها، وباعها ربُّ المال؛ لا تنتقض المضاربة اتّفاقًا؛ لأنَّه متى كان المأل عروضًا لا يملك ربُّ المال نقض المضاربة نصًا، فكذا لا يملك ضرورًا.

ويقد بقوله: «مضاربة»؛ لأنَّه لو دفعها استعانةً منه في العمل؛ فالعقد باي اتّفاقًا.

له: إنَّ ربَّ المال تصرّف في ملك نفسه، فتنفسخ الأولى كما لو أخذه بغير أمره.

ولنا: إنَّ هذا الدفع توكيلٌ لربِّ المال على التصرّف، لا عقدٌ مضاربةٌ حقيقة؛ إذ المأل ليس ملكًا للمضارب، فلا ينفسخ به العقد الأوّل، بخلاف ما لو أخذه بغير أمره؛ لأنَّه فسح قصداً.

(ولو دفع) المضارب (المأل) إلى آخر مضاربة (بغير إذن) أي: بغير إذن ربِّ المال، فهلك المأل في يد الثاني، (فالأوّل)

أي: المضارب الأوّل (ضامن) عند أبي حنيفة المأل لرب المال (إن ربح) المضارب (الثاني. وقال: إن عمل)؛ لأنَّ مجرد الدفع إلى الثاني إبداعٌ في الحقيقة، فلا يخالف به ربُّ المال، وإنَّما يخالفه إذا تقرّر الثانيةً صحيحةً بالعمل فيه.

وله: إنَّ مخالفتَه لا يظهرُ بالعمل؛ لأنَّ الثاني صار وكيلاً فيه، وإنَّما يصيرُ مخالفاً إذا ربح، وثبت شركة² الثاني فيه، فإثبات الشركة في مال الغير يكون سبباً للضمان، كما إذا خلط بمال غيره.

وهذا إذا كان المضاربتان صحيحتين؛ لأنَّ الأولى لو كانت فاسدةً فسد الثانيةً أيضًا؛ لأنَّه لمّا لم يكن للأوّل شركة في الربح لا يملك أن يُثبت للثاني شركة فيه، فلا ضمان على واحدٍ منهما؛ لأنَّ المضاربة متى فسدت انقلبت إجارةً معني، فصار كأنَّ الأوّل استأجر الثاني للعمل في مال المضاربة، وما لحق الأوّل من ضمان أجر الثاني يرجع على ربِّ المال؛ لأنَّ الأوّل أجيّر، والأجيّر متى استأجر أجيّرًا للعمل الذي استؤجر عليه يكون أجرُ الثاني على الأوّل خاصّةً. وإن كانت الثانيةً فاسدةً لا يضمّن الأوّل اتّفاقًا وإن ربح الثاني؛ لأنَّه لا يستحقُّ الربح، وله أجرٌ مثله، فبعد ما استوفى الثاني أجره يكون الربح بين الأوّل ورب المال على الشرط. كذا في «المحيط».

¹ د - ادعى.

² د: الشركة.

(وما ضمناه بنفس التسليم) أي: تسليم المال إلى الثاني. وقال زفر: يضمن به؛ لأن هذا الدفع لم يكن على وجه الإيداع، بل كان على وجه المضاربة، وهو غير مأذون فيه، فصار به مخالفاً.
ولنا: ما سبق من البيان.

(وقيل: يتخير) ربُّ المال (في تضمين أيهما شاء) من الأول والثاني اتفاقاً.

أورده بلفظ «قيل» إشارة إلى قول آخر، وهو أنَّ المضارب الثاني ينبغي أن لا يضمن عند أبي حنيفة؛ لأن مودع المودع كان لا يضمن عنده، لكنَّ القول بالتخيير أشهر، والفرق له: أن مودع المودع كان يقبضه لنفع الأول، وههنا المضارب الثاني قبض لنفع نفسه بغير إذن مالكة، فيضمن، فإن ضمن الأول؛ صحَّت المضاربة بين الأول والثاني على ما شرطنا، ولكنَّ الربح لم يطب للأول؛ لأنَّه ملك رأس المال بالضمان مستنداً إلى حين مخالفته، فلا يخلو عن نوع خبث؛ لكونه ثابتاً من وجه دون وجه، ويطيب الربح للثاني؛ لأنَّه لا خبث في عمله، وإن ضمن الثاني؛ رجع على الأول؛ لأنَّه مغرور من جهته في ضمن العقد، فيرجع عليه بما¹ لحقه من العقد.

(ولو دفع إليه) أي: ربُّ المال إلى المضارب (المال، وقال: ما رزق الله بيننا نصفان، وأذن له أن يضارب، فضارب بالثلث)

أي: أعطى المال إلى آخر على أن يكون ثلث الربح للمضارب الثاني، (كان نصف الربح لرب المال)؛ لأنه شرط لنفسه نصف الربح من جميع ما رزق الله، (والسدس للأول، والثلث للثاني)؛ لأن المضاربة الثانية صحيحة؛ لكونها بإذن ربِّ المال، فيكون ثلث جميع الربح للمضارب الثاني، فلم يبق للمضارب الأول إلا السدس.

(أو قال) ربُّ المال حين الدفع: ما رزق الله بيننا (فلي نصفه) فأذن له أن يضارب، (فضارب بالنصف؛ فلا شيء له) أي:

للمضارب الأول؛ لأن نصف الربح لربِّ المال، والنصف الآخر للمضارب الثاني.

أقول: لو قال: أو ضارب بالنصف؛ لكان أخصراً؛ لأن كونه نصف المرزوق لربِّ المال كان معلوماً مما سبق.

(أو بالثلثين) يعني²: لو شرط المضارب للمضارب الثاني الثلثين، وقد شرط ربُّ المال لنفسه النصف، (ضمن الأول للثاني

قدر سدس الربح)؛ لأنه شرط للثاني سلامة الثلثين من الربح، فاعتز به في ضمن العقد، فيغرُّ الأول قدر السدس ليتم له الثلثان.

(أو ما رزقك الله) يعني: لو قال ربُّ المال حين الدفع: ما رزقك الله فهو بيننا نصفان، فضارب بالثلث، (أخذ الثاني الثلث،

واقترسم) المضارب (الأول وربُّ المال ما بقي) من ثلث الربح نصفين؛ لأنَّه خاطبه بكاف الخطاب، فيكون الحاصل للمضارب نصفين، وفي³ المسألة الأولى كان ربُّ المال شرط لنفسه نصف جميع الربح، فافترقا.

(ويجيز) أبو يوسف (لربِّ المال أن يزيد في الربح) على قدر نصيب المضارب (بعد القسمة) أي: قسمة الربح، (كالعكس)

أي: كما جاز الحط، يعني: اقتسم ربُّ المال والمضارب الربح، وأخذ⁴ ربُّ المال رأس ماله، فقال المضارب: إنك⁵ قد غبنتني، فزاده سدس الربح، أو قال ربُّ المال: قد غبنتني، فنقص المضارب من حقه سدس الربح، فهذا جائز لازماً عند أبي يوسف رحمه الله، ويرجع كل واحدٍ منهما على صاحبه بما حصل له من ذلك، أي: بما حصل لكل واحدٍ منهما بسبب الحط والزيادة، فربُّ المال حصل له سدس آخر بحط المضارب، فيرجع به على المضارب، والمضارب حصل له سدس من زيادة ربِّ المال، فرجع على ربِّ المال⁷.

(وخالفه) أي: قال محمد: يجوز الحط دون الزيادة. من «المبسوط». فالحط جائز بالاتفاق، ولهذا رجع في الزيادة دون الحط.

من «الحقائق».

قيد بقوله: «بعد القسمة»؛ إذ لو زاد قبلها يصح اتفاقاً.

له: ما مرَّ من القياس على العكس.

ولمحمد: العمل كالمبيع، والربح كالثمن له، ولما انقضى الفعل لم يبق العمل حقيقةً وحكمًا، فصار الزيادة في الربح كزيادة

الثمن بعد هلاك المبيع، فلا يجوز، بخلاف العكس؛ لأنَّه بمنزلة الحط، والحط يجوز عن الثمن بعد هلاك المبيع، فكذا هذا.

¹ د: مما.

² ح: أي.

³ د: في.

⁴ د: أخذ.

⁵ ح- إنك.

⁶ د- قد.

⁷ د + أي: كما جاز للمضارب أن يزيد على قدر نصيب ربِّ المال اتفاقاً.

(ولو ضارب من استأجره حولًا بالنصف) يعني: إذا استأجر ربُّ المال رجلًا سنةً ليشترى له البرِّ، فدفَع إليه في هذه المدَّة مألًا مضاربةً بالنصف، فعمل وريح فيه، (يعطيه) أي: أبو يوسف ذلك الأجير (الأجر) المشروط، (ويجعل الريح لربِّ المال. وأعطاه) محمدٌ (ما شرط له) في المضاربة، (ولا يفسخ الإجارة) اتفاقًا، فيسقط من الأجرة مقدارُ مدَّة عمله في المضاربة.

له: إنَّهما جعلًا بدلَ منافع الأجير في هذه ما سمَّياه، ثم جعلًا بدلها نصفَ الريح، فيصحُّ كما لو دفع إليه غيرُ من استأجره مألًا مضاربةً صحَّت على الشرط، وسقط أجره قدر مدَّة عمله للمضاربة.

ولأبي يوسف: إنَّ منافع الأجير مملوكةٌ له، فلا يصحُّ دفعُ المال إليه مضاربةً، كما لو دفعه إلى عبده الغير المديون.

(فصل) في نفقة المضارب على نفسه من مال المضاربة

(ولا ينفق المضارب) على نفسه (من المال وهو في مصره) الذي وُلِدَ فيه؛ لأنَّ نفقته إنَّما كانت منه لاحتباسه نفسه لعمل المضاربة، وما دام في مصره غيرُ محتبسٍ؛ لأنَّه ساكنٌ بالسكنى الأصلي.

(أو في مصرٍ اتخذته دارًا) قيَّد به؛ لأنَّه لو نوى الإقامة، ولم يتخذ دارًا؛ فله النفقة.

(ولا في الفاسدة) أي: لا ينفق المضارب في المضاربة الفاسدة؛ لأنَّه يكون فيها أجيْرًا، والأجير لا يستوجب النفقة.

(فإن سافر ولو يومًا) أي: لو كان سفره قدرَ يومٍ فصاعدًا، وفيه إشارةٌ إلى أنَّه لو خرج إلى موضعٍ يمكنه أن يروحَ إلى منزله؛ فلا نفقة له، فهو في حكم مصره. (ليعمل فيه؛ أنفقَ منه على نفسه ومن يخدمه) وإن لم يتفق له شراءُ المتاع في ذلك السفر.

وفي «الكافي»: بخلاف الشريك، فإنَّه لا ينفق على نفسه من مال الشركة؛ لأنَّه لم يجرِ التعارفُ به، وعن محمد: إنَّ الشريك ينفقُ من مال الشركة.

(وأخرج) من مال المضاربة (ما لا بُدَّ منه في العادة) أي: عادة التُّجَّار، كعلف دابة الركوب، وأجرة غسل الثياب والحمام والحلَّاق.

قيَّد بالعادة؛ لأنَّ غسل الثياب ونحوه ليس مما لا بُدَّ منه، وكان ينبغي أن لا يكون من مال المضاربة كأجرة الحجام، ولكن في عادة التُّجَّار لا بُدَّ منه ليزداد رغباتُ الناس في معاملتهم، ولا يعدُّونهم في عداد المفاليس. (بالمعروف) أي: بلا إسرافٍ. (فإن تجاوز) مما هو المعتاد المعروف بين التجار (ضمين) لانتفاء الإذن.

(ولو سافر بماله ومال المضاربة، أو خلط) أي: خلط ماله بمال المضاربة (بإذن) ربِّ المال، (أو) سافر (بمالين لرجلين؛ أنفق بالحصَّة، وإذا قدم) المضاربُ (ردَّ ما فضل من كسوة وطعام إلى المال)؛ لأنَّ الاستحقاق أمر انتهى بانتهاء السَّفَر، وهذا كالعازي، فإنَّ له أن يأكل ويعلف دابته من الغنيمة، وإن بقي شيءٌ من ذلك يرُدُّ إليها.

(وتبطل) المضاربةُ (بموت ربِّ المال)؛ لأنَّ تصرُّف المضارب كان بإذنه، فإذا مات بطل الإذن. (وبردته ولحاقه) بدار الحرب؛ لأنَّه كالموت حتى يُقسم تركته.

قيَّد بلحاقه؛ لأنَّ تصرُّفه مضاربةً قبله يتوقَّف عند أبي حنيفة، فإن أسلم نَقَد، وإن مات أو قُبل على ردِّته بطل، وعندهما: يجوز، فلا يتوقَّف.

(وبموت المضارب)؛ لأنَّه كالوكيل، وموتُ الوكيل مبطلٌ للوكالة²، (دون ردِّته) أي: ردَّة المضارب، فإنَّها لا تبطل المضاربة؛ لأنَّ تصرُّف المرتدِّ إنَّما يتوقَّف في أملاكه، ومالُ المضاربة ليس ملكًا له، فيصحُّ تصرُّفه فيه؛ لأنَّ له عبارةً وبصارةً في التجارة.

(ولا ينزل) المضاربُ بعزله (ما لم يعلم عزله) حتى لو باع المضارب واشترى بعد عزل ربِّ المال قبل علمه به؛ فتصرُّفه جائز؛ لأنَّه لو انعزل بلا علمه لتصرَّر؛ لأنَّ الضمانَ يلزمه بتصرُّفه بعد العزل، والضررُ مدفوعٌ شرعًا.

(وإذا علم) المضاربُ عزله، (فإن جانس) ما في يده من المال (رأس المال؛ لم يتصرَّف فيه، وإلا) أي: إن لم يكن مجانسًا بأن كان عرضًا (جعله من جنسه) يبيعه؛ لأنَّ قسمة الرِّيح إنَّما يكون بعد تعرُّف رأس المال، ولا وصول إليه إلا بالبيع، ولو كان المأل دنائير ورأس المال دراهم؛ فله أن يبيعه بجنسها استحسانًا.

(وامتنع من التصرف) أي: تصرَّف رأس المال، (وإذا افترقا وفي المال ديون) على الناس (وربح؛ أجير) المضارب (على الاقتضاء) أي: على طلب الديون؛ لأنَّ الريح في معنى الأجرة، فكان أجيْرًا، فيجبرُ عليه. (وإن لم يكن ربحًا، وكل) المضارب (ربُّ

¹ د: ولا.

² د: الوكالة.

المال فيه أي: في الاقتضاء؛ لأنه عاقد، والحقوق راجعة إليه، فيجبر على توكيله كيلا يضيع حق رب المال، ولا يجبر على الاقتضاء؛ لأن الريح معدوم، فكان المضارب وكيلاً محضاً ومتبرعاً، ولا جبر على المتبرع.

لا يقال: رد رأس المال واجب عليه، وذلك إنما يكون بالتسليم كما أخذه، وكان ينبغي أن يجبر المضارب عليه؛ لأن الواجب عليه رفع الموانع، وذلك بالتخلي لا بالتسليم حقيقةً.

(ويصرف الهالك) من مال المضاربة (إلى الريح)؛ لأنه تابع، وصرف الهالك إلى التابع أولى، كما يُصرف الهالك إلى العفو في الزكاة. (فإن زاد عليه) أي: الهالك على الريح (لم يضمن المضارب)؛ لأنه أمين، ولا ضمان على الأمين.

(ولو اقتسما الريح قبل الفسخ) أي: فسخ المضاربة، (ثم هلك المال) كله (أو بعضه؛ تراداً) الريح (ليستوفي المالك ماله) أي: ليقبض رب المال تمام رأس ماله؛ لما روي أنه صلى الله عليه وسلم قال: «مثل المؤمن مثل التاجر، لا يسلم له ربحه حتى يسلم له رأس ماله، فكذلك المؤمن لا يسلم له نوافله حتى يسلم له فرائضه»¹. (فإن فضل شيء) من الريح (اقتسماه، وإن كان فسخاً) للمضاربة، (ثم عقداها، فهلك) المال (لم يتراداً) الريح الأول؛ لأن المضاربة الأولى انتهت بالفسخ، فهلاك المال في العقد الثاني لا يوجب انتقاضها.

(كتاب الوكالة)

وهي بمعنى الحفظ، ومنه: الوكيل في أسماء الله تعالى، روي أنه صلى الله عليه وسلم وكل حكيماً بن حزام بشراء الأضحية²، وعلى جوازها انعقد الإجماع.

(لا تصح) الوكالة (إلا أن يكون الموكل مالكا للتصرف)؛ لأن الوكيل يستفيد ولاية التصرف منه، فيمتنع أن يستفيدا ممن لا يملكه. قيل: هذا ليس بشرط عند أبي حنيفة؛ لأن توكيل المسلم ذمياً ببيع الخمر جائز عنده، ويمكن أن يراد به: أن يكون مالكا لأصل التصرف، وإن امتنع في بعض الأشياء بعارض النهي.

(ويلزمه الأحكام) هذا عطف على قوله: «مالكا». قيد به؛ لأنه لو كان الموكل لا يلزمه الأحكام؛ لا يصح توكيله كالصبي والعبد المحجورين؛ لأن المطلوب من الأسباب أحكامها.

(والوكيل) عطف على قوله: «الموكل». **(يعقل العقد)** أي: يعرف الغبن الفاحش من البشير، **(ويقصده)** أي: يقصد بالبيع ثبوت الحكم أو الريح، لا الهزل؛ لأنه قائم مقام الموكل، فلا بُدَّ أن يكون من أهل العبارة، فلا يصح وكالة الصبي الغير العاقل والمحجورين **(وإذاً³ وكل الحُرُّ البالغ أو المأذون مثلهما جاز)** لوجود الشروط السابقة فيهما، (أو) وكل كل منهما (صبياً أو عبداً محجورين عاقلين جاز) لأنهما من أهل العبارة، ولذا⁴ ينفذ تصرفهما إذا لحقه الإذن. **(ويتعلق الحقوق)** أي: حقوق عقدهما (بموكلهما) لا بهما، أما في الصبي؛ فلقد صور أهليته، وأما في العبد؛ فلحق سيده، لكن العبد إذا عتق يلزمه تلك الحقوق، والصبي إذا بلغ لا يلزمه؛ لأن العبد كان في نفسه أهلاً للالتزام، وكان المانع فيه حق المولى، وقد زال ذلك، والصبي ليس كذلك.

وفي قوله: «محجورين» إشارة إلى أنهما لو كانا مأذونين يتعلق بهما الحقوق. وفي «الذخيرة»: المأذون له إن كان وكيلاً بالبيع يلزمه الحقوق، سواء باعه حالاً أو مؤجلاً. وإن كان وكيلاً بالشراء، فإن كان بتمن حالاً؛ لزمته أيضاً؛ لأنه يملك ما اشتراه حكماً، ولهذا يحبس به بالتمن ليستوفيه من الموكل، وإن كان بتمن مؤجلاً؛ لا يلزمه الحقوق؛ لأنه لم يملك ما اشتراه لا حقيقة ولا حكماً، فلو⁵ لزمته العهدة لكان ملتزماً مآلاً في ذمته مستوجباً مثله على موكله، وهو في معنى الكفالة، فإنه لا يصح منه.

(وتجوز) الوكالة **(بكل عقد)** يجوز **(للموكل مباشرة)**.

فإن قلت: هذا منقوض بالوكيل؛ لأن مباشرته جائزة فيما وكل فيه، ولا يجوز أن يوكل غيره، وبالمستقرض، فإنه يجوز له أن يباشر الاستقرض لنفسه، ولا يجوز له أن يوكل فيه غيره، حتى لو وكل به؛ فما استقرضه يكون للوكيل لا للموكل.

¹ السنن الكبرى للبيهقي، 2/387 بمعناه؛ المبسوط للسرخسي، 2/105.

² سنن أبي داود، البيوع 27؛ سنن الترمذي، البيوع 34 بمعناه. وانظر إلى المبسوط للسرخسي، 203/12؛ 2/19، 39.

³ د: فإذا.

⁴ ح: ولذا.

⁵ د: فلو.

قلت: المراد به: أن يباشِرَ بنفسه لنفسه، والوكيلُ يباشِرُ للغير، وكذا المرادُ به: مباشرةً الموكلُ بالعقد، وما يأخذه المستقرضُ لا يكون مديوناً بالعقد، بل إنَّما يكون بالقبض، والتوكيلُ بقبض مالٍ الغير غيرُ صحيح.

(ويجوز) التوكيلُ (بالخصومة في سائر الحقوق، وبإيفائها، واستيفائها)؛ لأنَّ الموكلَ قد لا يهتدي إلى وجه الخصومة، وإلى طريق الإيفاء والاستيفاء. (إلا في الحدود والقصاص، فلا يجوزُ) للوكيل (استيفاءهما عند غيبة الموكل) لأنَّهما يندروان بالشبهة، وشبهة العفو ثابتةٌ عند غيبة الموكل لكونه مندوباً، بخلاف غيبة الشاهد الأصل حيث لم يكن شبهةً رجوعه مانعةً؛ لأنَّ الظاهر فيه عدمُ الرجوع. (والتوكيلُ بإثباتهما) أي: بإثبات الحدِّ والقصاص (جائزٌ) عند أبي حنيفة، ثم يستوفي الموكلُ. (ويخالفه) أي: أبو يوسف أبا حنيفة رحمه الله في هذا الحكم. (وقيل: الخلافُ) بينهما (في الغيبة) أي: غيبة الموكل؛ لأنَّه لو كان حاضرًا يجوز اتِّفاقًا؛ لأنَّ كلام الوكيل ينتقلُ إلى الموكل، فيصير كأنَّه تكلمَ بنفسه.

له: إنَّ خصومة الوكيل بدلٌ عن خصومة الموكل، وفي البدل شبهةٌ، فلا يثبتان بها، كما لا يثبتان بالشهادة على الشهادة. ولأبي حنيفة: إنَّهما ثبتتا عند القاضي بحجَّةٍ كاملةٍ لا شبهةٍ فيها، والخصومة شرطٌ محضٌ، والشبهة فيها لا تمنعُ¹ ثبوتها. (ورضاء² الخصم في التوكيل بالخصومة) سواء كان من جانب المُدَّعي أو المُدَّعى عليه (شرطُ اللزوم) أي: شرطُ سقوط حقِّ الخصم عند أبي حنيفة، فلو لم يرضَ خصمُه بتوكيله يرتدُّ برِّه، ولا يلزم عليه الجوابُ بخصومة الوكيل، ولا يسقطُ حُفُّه في طلب حضور الموكل، والجوابُ بنفسه، ولو رَضِيَ، ثم مضى يومٌ، فقال: لا أرضى؛ له ذلك. ذكره في «القنية».

(إلا أن يكون الموكلُ مسافرًا) أي: غائبًا مدَّةَ السفر، أو مريدًا للسفر، (أو مريضًا) لا يقدرُ على المشي، (أو مخدَّرًا) لم يكن البرورُ عادتتها، ولا يراها غيرُ محارمها، فحينئذٍ يجوزُ بغير رضا الخصم اتِّفاقًا. وقال: رضاه ليس بشرطٍ.

قَيَّدَ بالخصومة؛ لأنَّ التوكيلَ بقبض الدين بلا رضا الخصم جائزٌ اتِّفاقًا. وقَيَّدَ باللزوم؛ لأنَّ الخلافَ فيه، أمَّا التوكيلُ؛ فجائزٌ اتِّفاقًا. لهما: إنَّه وكَّلَ بما هو حُفُّه، فيجوز بلا رضا خصمه، كالتوكيلَ بقبض الدين.

وله: إنَّ الوكيلَ قد يكون أشدَّ خصومةً وأكثَرُ إنكارًا، فيتضرَّرُ به خصمُه، فلا يجوز بغير رضاه، كالحوالة بالدين، بخلاف الوكيل بالقبض، فإنَّه لا يختلفُ.

والمختارُ للفتوى: أنَّ القاضي إنَّ عَلِمَ من الوكيل قصدَ الإضرار بخصمه؛ يعمل بقول أبي حنيفة، وإن علم من خصم الموكل التعنُّتَ في الإباء من قبول التوكيل؛ يعملُ بقبول صاحبيه.

(ولو أقرَّ) الوكيلُ بالخصومة (على موكله في مجلس الحكم اعتبرناه) وقال زفر: لا يعتبرُ؛ لأنَّه مأمورٌ بالخصومة لا بالإقرار. ولنا: إنَّ حقيقةَ الخصومة مهجورةٌ شرعًا، فيحملُ على الجواب إقرارًا كان أو إنكارًا عملاً بعموم المجاز، والموكلُ كان مالكاً لكيلا الجوابين، فكذا نائبه.

(ولا يشترطُ) أبو يوسف في صحَّة إقرار الوكيل بالخصومة على موكله (المجلس) أي: مجلس الحكم. وقال: هو شرطٌ. له: إنَّ إقرارَ الموكل كان نافذًا على نفسه أين ما كان، فكذا إقرارُ نائبه.

ولهما: إنَّه مأمورٌ بالجواب عنه عند دعوى الخصم في مجلس القاضي بدلالة العرف، فلا ينفدُ في غيره؛ لأنَّه غيرُ مأمورٍ به. (وجعلنا الوكيلَ بالخصومة وكيلاً بالقبض)؛ لأنَّ تمامَ الخصومة به، والمالكُ للشَّيء مالكٌ لتمامه³. وقال زفر: لا يكون وكيلاً بالقبض؛ لأنَّ الخصومة غيرُ القبض.

(ووفيتي بقول زفر) لظهور الخيانة في الوكلاء، وقد يؤتمنُّ على الخصومة من لا يؤتمنُّ على القبض. وفي «الفتاوى الصغرى»: لو قال: وكُلْتُك بالخصومة في كلِّ حقٍّ لي قَبِلَ أهلُ بلدة كذا؛ يكون وكيلاً بها في الحقِّ الموجود، وفيما يحدثُ بعد التوكيل، ولو قال: قَبِلَ فلان؛ يكون وكيلاً في الموجود فقط.

(والموكلُ بقبض الدَّين وكيلاً بالخصومة) عند أبي حنيفة كالوكيل برِّ الغصب، حتى لو أقام المديونُ بينةً أنَّ صاحبَ الدين أبرأه أو استوفاه قبلتُ بينته. وقال: لا يكون وكيلاً بها.

¹ ح: يمنع.

² د: ورضاء.

³ د: بتمامه.

قَيَّدَ بقبض الدين؛ لأن التوكيل بقبض العين لا يكون توكيلاً بالخصومة اتفاقاً¹.
 وقَيَّدَ² بالقبض؛ لأن الوكيل بالردِّ بالعيب وبالقسمة ويأخذ الشفعة وكيلاً بالخصومة اتفاقاً. كذا في «الكافي».
لهما: إنَّ القبضَ غيرَ الخصومة، فلم يكن الرِّضاءُ به رضاً بها، فلا يكون خصماً، كالوكيل بقبض الوديعة.
 اعلم أنَّ الخلافَ فيما إذا وكَّلَ الدَّائن، أمَّا إذا وكَّلَه القاضي بقبض دين الغائب لا يكون وكيلاً بالخصومة اتفاقاً. كذا في
 «الحانية».

(وقولهما رواية) عن أبي حنيفة.

وله: إنَّ قبضَ الدين حقيقةً غيرُ متصوِّرٍ، وإنَّما يقضى بمثله؛ لأنَّ المقبوضَ بدلُ حقِّه لا عينه، فكان التَّوكيلُ بقبض الدَّين توكيلاً
 بتملُّكٍ بدله بطريق المعاوضة، ولا يتمكَّنُ من ذلك إلا بإثبات الخصومة، فصار كالوكيل بالقسمة وبقبض الشُّفعة والرُّجوع في الهبة، فإنَّ
 لهم أن يخاصموا ويقبضوا.

(ويقبض العين) أي: الوكيلُ بقبضها (لا يكون وكيلاً بها) أي: بالخصومة اتفاقاً؛ لأن قبضَ العين ليس بمبادلةٍ، فأشبه الرسولُ.
 وفي عبارته مؤاخذه؛ لأنَّ قوله: «ويقبض العين» معطوفٌ على قوله: «ويقبض الدين»، تفديده: والوكيلُ بقبض العين لا يكون،
 وهذه جملةٌ اسميةٌ، فكيف دلَّ بها على الوفاق؟

(ولو ادَّعى أنَّه وكيلُ الغائب في قبض دينه، فصدَّقه الغريمُ؛ أمر بالتَّسليم إليه) أي: أمره الحاكمُ بتسليم الدَّين إليه، (فإذا
 حضر) الغائبُ، (فإن صدَّقه) أي: الوكيلُ؛ فلا كلامَ فيه، (والا) أي: وإن لم يصدِّقه (سَلِّم) الغريمُ الدَّينَ تسليمًا (ثانيًا)؛ لأنَّ الغائبَ لَمَّا
 أنكر التَّوكيلَ لم يثبت استيفاءُ الدين، (ورجع) الغريمُ (على الوكيل إن كان) ما دفعه³ إليه قائمًا (في يده)؛ لأنَّ غرضَ الغريمِ من الدفع
 إلى الوكيل أن تبرأ ذمُّه من دين الغائب، ولم يحصل.

(وإن هلك) في يد الوكيل بلا تعدٍّ منه (لم يرجع) عليه بشيء؛ لأنَّه بتصديقه كان معترفًا بأنَّ قبضَه حقٌّ، فلا يرجع عليه بعد
 زواله.

(إلا أن يكون دفعه إليه مضمَّنًا له) ذكر في «جامع البردوي»: معنى التَّضمين: أن يصدِّقَ الغريمُ الوكيلَ، وقال: لا آمن أن
 يحضر الغائبُ، فينكر، ويحلف، فيضمنني، فإذا فعل ذلك صار غاصبًا، فهل أنت كفيلٌ عنه لما يجب لي عليه فتكفل يملك الرجوع
 بذلك على الوكيل.

(أو غير مصدِّق) هذا متناولٌ لصورتَي الشُّكوت والتَّكذيب، أي: أو يكون الغريمُ عند الدفع لم يصدِّقه في الوكالة، ودفع إليه
 على ادِّعائه الوكالة، فحينئذٍ إن رجع صاحبُ المال على الغريم؛ رجع الغريمُ على الوكيل؛ لأنَّه لم يصدِّقه في الوكالة، وإنَّما دفعه إليه على
 رجاء أن يجيِّزَ الغائبُ، فلما حضر ولم يُجزَّ انقطع رجاءه، فيرجع.

(ولو أنكر) الغريمُ (الوكالة) عن الغائب في قبض دينه، (وأقرَّ بالدَّين) وأراد الوكيلُ تحليفه على ذلك، (فتحليفه على نفي العلم)
 بوكالته (ساقطٌ) عند أبي حنيفة؛ لأنَّ التَّحليفَ حقُّ الخصم، فيكون الوكيلُ خصمًا لم يثبت، فلا يكون له التَّحليف. (ويحلفه) أي: قال
 أبو يوسف: للوكيل تحليفه، فإن حلف الغريمُ برئ، وإن نكل فُضِّي عليه بالمال. (وهو الظَّاهر)؛ لأنَّ الوكيلَ ادَّعى على الغريم أمرًا لو أقرَّ
 به يلزمه الدفع، فإذا أنكر يحلفُ كسائر الدَّعاوى.

(ولو ادَّعاهَا) أي: الوكالة عن الغائب (بقبض وديعة) كانت في يد الحاضر (لم يؤمَّر بدفعها) أي: المودَع بدفع الوديعة إلى
 الوكيل، (وإن صدَّقه) في أنَّه وكيلٌ بقبضها؛ لأنَّ ذلك إقرارٌ بمال الغير، فلا يُعتبَرُ بخلاف الدَّين؛ لأنَّه كان خالصَ ماله، وإذا لم يؤمَّر
 بالتسليم حتى ضاع⁴ في يده قيل: لا يضمن، وكان ينبغي أن يضمن؛ لأنَّ المنع من وكيل المودَع في زعمه كالمنع من المودَع، والمنع منه
 موجبٌ للضمان، فكذا من وكيله. ذكره في «الفصول».

ولو سلَّم مع هذا ثم أراد الاسترداد، ذكر شيخ الإسلام في «شرح الجامع الصغير»: أنَّه لا يملكه؛ لأنَّه ساعٍ في نقض ما أوجبه.

1 ح - قيد بقبض الدين...

2 ح: قيد.

3 ح: دفع.

4 د: ضياع.

(وتعلّق حقوق العقد فيما يضاف إلى الوكيل) أي: يضيف الوكيل إلى نفسه (به) أي: بالوكيل، وهو متعلّق بقوله: «نعلق»، وإن باع بحضرة الموكل.

وفي «الفتاوى الصغرى»: لا ينتقل الحقوق إلى الموكل فيما يضاف إلى الوكيل ما دام الوكيل حيًا وإن كان غائبًا.

(لا بالموكل) أي: قال الشافعي: الحقوق متعلّقة بالموكل؛ لأنها تابعة للملك، وهو ثابت للموكل، فكذا توابعه.

ولنا: إنَّ العقد صادرٌ من الوكيل حقيقةً وحكمًا، فلذا استغنى عن إضافة العقد إلى موكله، فحقوقه يتعلّق به، والملك يثبت للموكل خلافةً عن الوكيل.

قيّد بقوله: «فيما يضاف إلى الوكيل»؛ لأن الوكيل بالبيع أو الشراء لو أضاف العقد إلى الموكل لا يرجع حقوق العقد إلى الوكيل اتِّفاقًا. كذا في «الفصول».

(كالباع والشراء والإجارة والصّح عن إقرار) والطلاق والعتاق، وهذا تمثيلٌ للعقود المضافة إلى الوكيل.

(فيسالم المبيع) إذا كان وكيلاً بالبيع، هذا إلى قوله: (ويتعلق) تفرّيعٌ لمذهبنا. (والثمن) إذا كان وكيلاً بالشراء، (فيتسلمهما)

أي: يقبضهما، (ويخصم في العيب).

وفي «المحيط»: لو وكلّ¹ الوكيل غيره، فبيع أو يشتري، والوكيل حاضرٌ؛ يكون العهدة إلى الوكيل الثاني.

(ولو طلب الموكل الثمن) أي: ثمن ما باعه وكيّله (من المشتري) جاز له المنع؛ لأن الموكل أجنبيٌّ عن العقد، (والدفع)

أي: دفع الثمن إلى الموكل، (وينقطع عنه) أي: عن المشتري (مطالبة الوكيل إذا دفع) الثمن إلى الموكل؛ لأن الحق وصل إلى صاحبه، فلا فائدة في نزع منه، ثم ردّه إليه.

(ويتعلّق) الحقوق، كتسليم المهر وبدل الخلع وحق الرجوع في الهبة والقبض إذا وكلّ بقبول الصدقة وقبض العارية وغيرها (فيما

يُضاف إلى الموكل) من العقود (به) أي: بالموكل، وهو متعلّق بـ«يتعلق». (كالنكاح) ولو أضاف الوكيل النكاح إلى نفسه؛ تكون

المنكوحة له. (والخلع والصلح عن إنكار) قيّد به؛ لأن الصلح عن إقرار بمنزلة البيع، وهو مضافٌ إلى الوكيل. (وعن دم عميد، وكالعتق

على مال والكتابة والهبة والصدقة والإعارة والإيداع والرهن والإفراض) قيّد به؛ لأن التوكيل بالاستقراض باطلٌ لما مرّ قريبًا. (والشركة

والمضاربة) فإنّ الوكيل يضيف هذه العقود إلى موكله، كأن قال: خالعك موكلي بكذا، وكذا في أمثاله؛ لأن أحكام هذه العقود لم تفصل²

عنها، ولم يقبل الانتقال، فإذا وجد عقدٌ منها وجد بحكمه، فلم يستغن من الإضافة إليه، بخلاف البيع وأمثاله، فإنّ حكمه يقبل الانفصال

عنه، كما في البيع بشرط الخيار، فيثبت الملك للوكيل، فينتقل، فجاز أن يجعل الوكيل أصيلًا³ في حقوق العقد من تسليم الثمن وغيره،

فاستغنى عن الإضافة إلى الموكل.

(فصل) في التوكيل بالشراء

(وإذا وكلّ رجلًا بشراء شيءٍ ذكر) الموكل (جنسه) ككونه عبدًا أو ثوبًا، أي: لا بُدّ من ذكره؛ إذ لو لم⁴ يذكره كانت الجهالة

فاحشةً، ولا يصحّ التوكيل وإن بين مبلغ ثمنه.

(ونوعه) ككون العبد تركبًا أو حبشيًا، والثوب هرويًا أو مرويًا.

(أو) ذكر (جنسه ومبلغ ثمنه) كقوله: اشتري لي فرسًا بكذا، فإنّ جهالة نوعه يندفع بذكر مبلغ ثمنه؛ لكونها يسيرةً، حتى قال

قاضي خان: قد تندفع⁵ جهالة النوع بحال الموكل وإن لم يبيّن الثمن، كما إذا قال واحدٌ من العوام: اشتري لي فرسًا، فاشترى فرسًا بليق

للملوك؛ لا يلزم الأمر.

وفي «المنتقى»: إذا قال: اشتري لي دارًا بألف درهم؛ لا يجوز؛ وإن قال: بالكوفة؛ يجوز.

¹ د - لو وكل.

² ح: ينفصل.

³ د: أصلًا.

⁴ د: إذا لم.

⁵ ح: يندفع.

(إلا أن يفوضه) أي: الشراء (إلى رأيه) أي: رأي الوكيل، بأن قال: ابتع لي ما رأيت، ولو قال: اشتري لي بألف درهم¹، ولم يرد عليه؛ فإنه تفويضٌ استحساناً.

(وإن عين له ما يشتريه) بأن قال الموكل: اشتري لي هذا الشيء، (لم يكن للوكيل شراؤه لنفسه)؛ لأنه يشتمل على عزل نفسه، وليس له ذلك إلا بمحض من الموكل.

قيّد بتعيين ما يشتريه؛ لأنه لو وكله بأن يزوجه امرأة معينة؛ جاز له أن يتزوجها؛ لأنه كان مأموراً بنكاح مضاف إلى الموكل، وأما أضافه إلى نفسه صار مخالفاً، فانعزل. وأما المأمور بالشراء؛ كان مأموراً بشراءٍ مطلق، فبالإضافة لا يكون مخالفاً. (فإن اشتراه بخلاف جنس الثمن الذي سماه) الموكل، كما إذا وكله بأن يشتري بألف درهم، فاشتراه بألف دينار؛ يكون الشراء للوكيل.

قيّد بالشراء؛ لأن الوكيل بالبيع لو خالف هكذا ينفذ على الموكل، ولو خالف في القدر يكون على هذا. (أو بغير التقددين) كالمكيل والموزون، (أو وكل) الوكيل رجلاً آخر (بشراؤه) أي: بشراء الشيء الذي عينه موكله، (فاشترى) الوكيل (الثاني بغير حضرة) الوكيل (الأول؛ وقع الشراء له) أي: للوكيل الأول؛ لأنه خالف الموكل. قيّده بغير حضرة الأول؛ إذ لو اشترى الثاني بحضرة الأول يقع الشراء للموكل؛ لحضور رأيه في ذلك الشراء، فلم يكن مخالفاً له، بخلاف الوكيل بالطلاق إذا وكل غيره، فطلق² الوكيل الثاني³ بحضرة الأول؛ لا ينفذ؛ لأن الوكيل في الطلاق كالرسول، فإذا تصرف فقد خالف، وكذا الإعتاق⁴.

(وإن لم يعين) أي: إن كان وكله بشراء شيء موصوفٍ غير معيّن، (فاشتراه) الوكيل؛ (كان له) أي: كان ما اشتراه للوكيل، (إلا أن يضيف العقد إلى مال الموكل، أو ينويه له) أي: الشراء للموكل، فيكون في صورتين ما اشتراه للموكل؛ لأن الثمن وإن كان لا يتعيّن، إلا أن العقد إذا أضيف إليه يكون فيه شبهة التعيين، ولهذا لا يطيب له الربح إذا اشترى بالدرهم المغصوبة، فيكون المشتري لصاحب المال، وإنما قال: «يضيف العقد إلى مال الموكل» ولم يقل: نقد منه؛ لأن الوكيل لو اشتراه لنفسه أو نواه لنفسه ونقد الثمن من مال الموكل؛ يكون ما اشتراه له إلا للموكل، فيكون الوكيل غاصباً، فيضمن. ولو تكادبا في النية؛ يحكم النقد اتفاقاً. (وإذا أطلع) الوكيل (على عيب) فيما اشتراه (وهو في يده ردّه به) أي: بسبب العيب إلى بائعه، وإن رضي الوكيل بالعيب لزمه العقد، والموكل إن شاء رضي به، وإن شاء أزمه الوكيل. ولو هلك المبيع قبل أن يلزمه يهلك على الموكل. (وإن سلمه إلى الموكل، فيأذنه) يردّه؛ لأن الوكالة انتهت بالتسليم، ولو وجد الموكل به عيباً بعد موت الوكيل؛ يردّه الموكل إن لم يكن للوكيل وارثٌ ووصيٌّ.

(وإن توكل في إسلام) أي: صار وكيلاً بأن يعقد السلم مع الغير من جهة الموكل، ودفع رأس المال. قيّدنا به؛ لأن التوكيل من المسلم إليه في قبول رأس المال غير جائز؛ لأن الوكيل إذا قبض رأس المال يبقى المسلم فيه في ذمته، فيكون بائعاً ما في ذمته على أن يكون⁵ الثمن لغيره، وهو المسلم إليه، وذلك لا يجوز؛ لأن من باع ملك نفسه من الأعيان على أن يكون الثمن لغيره لا يجوز، وكذا في الديون، وإليه تبه المصنّف بقوله: «في إسلام»، ولم يقل: في إسلام إليه.

(أو صرف صح)؛ لأن كلاً منهما عقدٌ يملكه بنفسه، فيملك التملك، (فإن فارق) الوكيل في الإسلام والصرف (صاحبه قبل القبض بطل العقد) لفوات شرط صحته. هذا إذا لم يكن الموكل حاضراً في مجلس العقد، فإن كان حاضراً في مجلسه؛ فلا يضره مفارقة الوكيل. (ولا يعتبر مفارقة الموكل)؛ لأنه ليس بعاقبة.

(وإذا نقد الوكيل ثمن المبيع من ماله، وقبضه) أي: المبيع (رجع به) أي: الوكيل بالثمن على الموكل؛ لأن توكيله إياه مع علمه بأن الحقوق يتعلّق به إذ من بدفع الثمن عنه من ماله، فصار كما لو أذن صريحاً، فيرجع به عليه. وإذا لم ينقد الثمن، وسامحه البائع،

1 د - درهم.

2 ح: وطلق.

3 د - الثاني.

4 د: العتاق.

5 د - فيكون بائعاً ما في ذمته على أن.

6 د: ويكون.

وسلم المبيع إليه: هل له حقُّ الحبس عن الموكل إلى أن يستوفي الثمن منه؟ حكى عن الإمام الحلواني: أنَّ له ذلك؛ لأنَّ حقَّ الحبس للوكيل في موضع نقد الدراهم ليس لأجل ما نقد، بل لأجل بيعٍ حكَمِيٍّ انعقد بين الوكيل والموكل، وهذا المعنى لا يختلف بين نقد الوكيل الثمن وعدمه.

(وأجزنا حبسه) أي: حبس الوكيل المبيع (لاستيفائه) أي: الثمن من الموكل، سواءً دفعه إلى البائع أو لم يدفعه. وقال زفر: ليس له ذلك؛ لأنَّ يد الوكيل كيد الموكل معنيٌّ، فكأنَّه سلمه إليه، فسقط حقُّ الحبس.

ولنا: إنَّ الوكيل كالبائع، والموكل كالمشتري، وبينهما مبادلةٌ حكميةٌ، ولهذا لو اختلفا في الثمن تحالفاً، ويردُّ الموكل بالعيب على الوكيل، فله الحبس.

(فإن هلك) المبيع في يد الوكيل (قبله) أي: قبل حبسه للثمن، (فمن الموكل) أي: فيهلك¹ من مال الموكل؛ لأنَّ يد الوكيل كيده، ولا يسقطُ الثمن. (أو بعده) أي: إن هلك بعد حبسه (جعلناه مضموناً، لا كالغصب) يعني: قال زفر: هو مضمونٌ كضمان الغصب؛ لأنَّه ليس له أن يحبسه عنده، فبالحبس صار متعدياً.

(فيجعله كالمرهون) أي: قال أبو يوسف: هو مضمونٌ كالمرهون؛ لأنَّ حبسه للاستيفاء، وهذا هو معنى الرهن، فيكون مضموناً بالأقل² من قيمته ومن الدين، مثلاً: إذا كان الثمن خمسة عشرَ وقيمةُ المبيع عشرةً؛ يرجع الوكيلُ بخمسةٍ على الموكل عند من يقول بضمان الغصب والرهن، ولا يرجع عند من يقول بضمان المبيع؛ لأنَّه مضمونٌ بالثمن قلَّ أو كثر³. ولو كان الثمن عشرةً وقيمةُ المبيع خمسةً عشرَ؛ يرجع الموكلُ على الوكيل بخمسةٍ عند من يقول بضمان الغصب، ولا يجب شيءٌ عند من يقول بضمان الرهن أو المبيع. (وهما كالمبيع)؛ لأنَّ بينهما مبادلةً حكميةً كما ذكرنا، فينفسخ العقدُ بهلاكه.

(ولو وكله بشراء عشرة أرتال لحم بدرهم، فاشتري به عشرين من ذلك اللحم) أي: من اللحم الذي يباع عشرةً منه بدرهم، (فاللزم للموكل عشرة) أرتال (بنصف) أي: بنصف درهمٍ عند أبي حنيفة. (وألزماه العشرين) بدرهم.

قيدٌ بقوله: «من ذلك اللحم»؛ لأنَّه لو اشترى عشرين من اللحم الذي يساوي عشرون منه بدرهمٍ يكون مشترياً لنفسه اتِّفاقاً؛ لأنَّه كان مأموراً بشراء السمين، فخالفه، واشترى الهزيل.

لهما: إنَّ الموكلَ ظنَّ أنَّ سعره عشرة⁴ أرتال بدرهمٍ، فإذا اشترى به عشرين؛ فقد زاده خيراً، فيلزمه، كما لو أمره ببيع عبده بألفٍ، فباعه بألفين.

وله: إنَّ الوكيلَ مأموراً بعشرة أرتال، لا بالزائدة عليها، فيكون الزائدة له، بخلاف بيع العبد؛ لأنَّ الزائد هناك بدلُ ملك الموكل، فيكون له.

(ولو وكله بشراء أمة، فاشتري عمياء أو شلاء) أراد بها: فاسدةً اليدين أو الرجلين، (فهو) أي: شراؤها (نافذٌ على الموكل) عند أبي حنيفة. وقالوا: لا ينفذ.

وكذا الخلاف لو كانت مقعدةً أو مجنونةً.

قيدٌ بالعمياء أو الشلاء؛ لأنَّه لو اشترى عوراءً أو فاسدةً اليد الواحدة والرجل الواحدة بلا غبنٍ فاحشٍ؛ ينفذُ على الموكل اتِّفاقاً.

لهما: إنَّ المتعارفَ شراءً⁵ الجارية للخدمة، فينصرفُ التوكيلُ إليه، لا إلى مثل هذه.

وله: إنَّ حقيقةَ الجارية صادقةٌ على العمياء، ويتناولها الأمرُ عملاً بالحقيقة، ومثلها قد يشتري للعتق ترخماً عليها.

(أو بشراء عبيدين بأعيانهما) أي: حال كونهما متعنين⁶، (ولم يسمَّ ثمنًا، فاشتري أحدهما جاز)؛ لأنه أطلق التوكيلَ، وقد لا

يتفقُ الجمع بينهما.

1 د: فهلك.

2 د + منه.

3 د - لأنه مضمون بالثمن قل أو كثر.

4 د: عشرة.

5 ح: بشراء.

6 د: متعنين.

(أو بألف) أي: لو وُكِّلَ بشرائهما بألفٍ، ويجوز أن يعطف «أو بألف» على «بأعيانهما»¹. (وقيمتهما سواءً، فاشترى أحدهما بأكثر من خمسمائة؛ فهو غير لازم) على الموكَّل عند أبي حنيفة. (وقالا: يلزم إذا زاد ما يتغابن فيه) أي: إذا كان الزائد على قيمة أحدهما مما يتغابن الناس فيه، (وقد بقي ما يُشترى بمثله) أي: بقي من الألف مقداراً ما يشتري به العبد (الأخر).

قَيَّدَ بالأكثر؛ لأنَّه لو اشتراه بخمسمائة أو أقلَّ منها²؛ لزم على الموكَّل اتفاقاً.

وقَيَّدَ بقوله: «وقد بقي ما يشتري»؛ لأنَّه لو لم يبقَ لا ينفذ على الموكَّل اتفاقاً.

لهما: إنَّ غرضه تملُّكُ العبدِ، فإذا بقي ما يمكن شراءَ الآخر به يحصلُ غرضه، فلا يكون مخالفاً.

وله: إنَّ مقابلةَ الألفِ بالعبدِين المتساويين³ في القيمة يدلُّ على أنَّه أراد⁴ قسمةَ الثمن عليهما، فكأنَّه قال: اشتر لي هذا بخمسمائةٍ وهذا بخمسمائةٍ، فإذا اشترى بأكثر منها يكون مخالفاً للآمر، بخلاف ما لو اشترى بأقلَّ منها؛ لأنَّه مخالفةٌ إلى خيرٍ، وبخلاف شراء الثاني مما بقي؛ لأنَّ غرضَ الأمر حصل صريحاً، فالعملُ بالصريح أَوْلَى، وأما إذا لم يشتري الثاني؛ وجب العملُ بالدلالة السالمة عن المعارضة.

(أو) وُكِّلَ (بشراء هذا العبد أو بيعه بألفٍ، فاشترى معه) عبداً آخرَ بألفين، (أو باع) مع العبد الذي وُكِّلَ فيه عبداً (آخرَ بألفين، وقيمتها سواءً؛ فهو) أي: شراء الوكيل أو بيعه (غير نافذ على الموكَّل) عند أبي حنيفة. وقالوا: ينفذ.

قَيَّدَ بقوله: «بألفٍ»؛ لأنَّه لو لم يسمَّ الثمن يجوز توكيله اتفاقاً إذا كان حصَّةُ المشتري للآمر من الثمن مثل قيمته أو أكثر بما يتغابن فيه. كذا في «الحقائق».

وقوله: «وقيمتها سواءً» ليس بقيد؛ لأنَّه لو كان حصَّةُ عبد الأمر في صورة الشراء أقلَّ من ألفٍ، وفي صورة البيع أكثر من ألفٍ؛ فعلى هذا الخلاف.

لهما: إنَّه لَمَّا تساوت قيمتهما انقسم الثمن عليهما نصفين، فكان آتياً بما أمر به من شراء العبد أو بيعه بألفٍ.

وله: إنَّ القيمة إنَّما تعرف بالظنِّ، فجاز أن يكون قيمة أحدهما أكثر من الآخر في نفس الأمر، فيكون مخالفاً، فلم ينفذ بالشكِّ عليه.

(أو بشراء عبدٍ بألفٍ، فأتاه) الوكيلُ (بعبدٍ، وقال: أخذته) أي: اشترته (لك بألفٍ، فأدَّها) أي: الألف التي كانت ثمنه، (فقال) الموكَّل: (بل أخذته لنفسك؛ فالقول للآمر) أي: للموكَّل عند أبي حنيفة. (وقالا: للمأمور).

قَيَّدَ بقوله: «عبد» بالتنكير؛ لأنَّه لو كان معيَّناً، فإن كان حيًّا واختلفاً؛ فالقول للمأمور، سواءً كان الثمن منقوداً أو غير منقودٍ، وإن كان هالكاً والثمن منقوداً؛ فالقول للمأمور، وإن كان غير منقودٍ؛ فلا أمر.

وقَيَّدَ بقوله: «فأتاه بعد»؛ لأنَّه لو كان هالكاً، فإن دفع إليه الألف؛ فالقول للمأمور، وإلا؛ فلا أمر.

وقَيَّدَ بقوله: «فأدَّها»⁶ مشيراً إلى أنَّ الثمن غير منقودٍ، فإن كان منقوداً؛ فالقول للمأمور.

هذه ثمان مسائل، فواحدة على اختلاف⁷، والبواقي على الاتفاق.

لهما: إنَّه أمينٌ، والقول للأمين مع اليمين، كما لو أعطاه الألف، واختلفاً كذلك.

وله: إنَّه ادَّعى إلزامَ الثمن على الموكَّل، وهو ينكره، والقول للمنكر، بخلاف ما لو دفع الألف؛ لأنَّ الموكَّل يكون مدَّعيًا ضماناً للألف عليه، والوكيلُ ينكره.

(أو بشراء شيءٍ معينٍ، فاشتره بمكيلٍ أو موزونٍ في الذمَّة؛ أنفذناه على الوكيل) وقال زفر: ينفذ على الموكَّل.

قَيَّدَ بالشراء؛ لأنَّ الوكيلَ بالبيع إذا باع ينفذ على الموكَّل بأيِّ ثمن كان عند أبي حنيفة.

1 ح - ويجوز أن يعطف أو بألف على بأعيانهما.

2 د: منهما.

3 ح: المساويين.

4 د - أراد.

5 ح: قيمتهما.

6 د: فأدَّها.

7 د: في واحدة اختلاف.

وقيد بقوله: «في الذمة»؛ لأن المكيل والموزون إذا كانا¹ عينين لا ينفذ اتفاقاً؛ لأنه بيع من وجه.

له: إن الكيل والوزن إذا كان ديناً؛ فهو ثمن كالدرهم.

ولنا: إن المطلق ينصرف إلى المتعارف، وهو الشراء بالأثمان المطلقة، وهي النقدان.

فصل في الوكالة بالبيع وغيره

(والوكيل بالبيع والشراء لا يعقد) عند أبي حنيفة (مع أصوله وفروعه وزوجته وعبدته ومكاتبه. وأجزاه بمثل القيمة إلا في العبد والمكاتب) فإن عقد الوكيل مع عبده ومكاتبه غير جائز اتفاقاً. هذا إذا لم يقل الموكل له: بع ممن شئت، ولو قال يجوز بيعه لهم اتفاقاً.

قيد بمثل القيمة؛ إذ لو باع بأكثر منها يجوز اتفاقاً، ولو اشترى بأكثر منها لا يجوز اتفاقاً. وإن باع بأقل منها بغبن فاحش لا يجوز اتفاقاً، وإن كان بغبن يسير لا يجوز عنده، ويجوز عندهما.

لهما: إن أملاكهم غير ملك الوكيل، ومنافعهم غير منفعتهم، والتهمة مرتفعة بكون البيع بمثل القيمة، فيجوز معاملته مع هؤلاء، بخلاف عبده؛ لأن ما في يده ملكه، ومكاتبه؛ لأن له في أكسابه حقاً، وبالعجز يكون له حقيقة، فمعاملته معهما يكون معاملته مع نفسه من وجه، فلا يجوز.

وله: إن المعاملة مع هؤلاء لا يعزى عن التهمة، ولهذا لا تقبل شهادته لهم، والمنافع بينهم متصلة عرفاً، فكان البيع منهم بيعاً من نفسه من وجه.

(وبيعه) أي: بيع الوكيل من غير هؤلاء (جائز) عند أبي حنيفة (مطلقاً) أي: بالقليل والكثير. (وقيداه بضمن المثل) وبنقصان يسير يتغابن الناس فيه. (وهو رواية) عن أبي حنيفة.

(وهو بالعرض جائز) عند أبي حنيفة. (وخصاه بالنقود).

لهما: إن البيع بغبن فاحش بيع من وجه هبة من وجه، ولذا لو صدر من المريض يعتبر من الثلث، والبيع بالعرض شراء من وجه، فلا يتناوله الأمر بالبيع.

وله: إن التوكيل وقع مطلقاً، فيجري على إطلاقه في غير موضع التهمة، والبيع بالغبن الفاحش بيع عرفاً، حتى لو حلف لا يبيع، فباع به؛ يحنث، والبيع بالعرض متعارف عند شدة الحاجة إليه، فيتناولهما الأمر بالبيع.

(وكذا الإجارة) أي³: إذا وكله أن يؤجر أرضه، فأجرها ينفذ⁴ مطلقاً، أو بعرض؛ جاز عنده، وعندهما يتقيد بالنقد والمثل.

(واستتجار الأرض بكيلٍ أو وزنيّ بغير عينه جائز) أي: إذا وكله أن يستأجر له أرضاً، فاستأجرها بالمكيل أو بالموزون ديناً في الذمة؛ صح عنده عملاً بإطلاق الوكالة. (وخصاه بالأثمان)؛ لأنها هي المتعارفة، (وبعض الخارج) أي: من غلة الأرض؛ لأنه حينئذ يكون مزارعاً، فهي جائزة عندهما.

قيد بقوله: «بغير عينه»؛ لأنه لو استأجرها بكيلٍ أو وزنيّ بعينه لا يجوز اتفاقاً.

(ولو استأجرها) أي: الوكيل الأرض (مزارعاً، وقد أطلق) أي: والحال أن الموكل أمره بالاستتجار مطلقاً، يعني: حقيقة، وهي أن يستأجرها بالدرهم دون الزراعة؛ لأن الزراعة في معنى الاستتجار⁵. (فهو) أي: الوكيل (مخالف) عند أبي حنيفة، فلا يجوز؛ لأن المزارعة فاسدة عنده، والأمر المطلق إنما يتناول العقد الصحيح. وقالوا: يجوز؛ لأن المزارعة في معنى الإجارة، ومتعارفة صحيحة عندهما. (ونجيز بيعه نسيئة) وقال الشافعي: لا يجوز بيع الوكيل نسيئة؛ لأن الأصل في الثمن أن يكون حالاً، فإذا باع بالأجل؛ صار مخالفاً، فلا يجوز.

ولنا: إن التوكيل مطلق، والبيع بالنسيئة متعارف.

وفي «العيون»: لو قال: بعه بالنقد، فباعه بالنسيئة؛ يجوز، ولو قال: لا تبع إلا بالنقد، فباع بالنسيئة؛ لا يجوز.

¹ د: كان.

² د: وكذا.

³ ح: يعني.

⁴ ح: ينقد.

⁵ د - يعني: حقيقة، وهي أن يستأجرها بالدرهم دون الزراعة؛ لأن الزراعة في معنى الاستتجار.

وفي «المنتقى»: هذا إذا كان للتجارة، فإن كان للحاجة لا يجوز، كالمراة إذا دفعت غزلاً إلى رجلٍ ليبيعه. وهذا إذا باع بما يبيع الناس نسيئةً، فإن أطل المدة متجاوزاً عنه؛ لا يجوز، وبه يفتى.

(ولو ضمن) الوكيل بالبيع لموكله (التمن عن المبتاع) أي: عن المشتري (بطل ضمانه)؛ لأنه أمين في الثمن، وبالشرط لا يكون مضموناً عليه كالوديعة والمضاربة.

(ويجوز للوكيل بالشراء العقد بمثل القيمة وزيادة يتغابن في مثلها، كنصف درهم في عشرة في العروض، ودرهم في الحيوان، ودرهمين في العقار) هذا بيان للغبن اليسير، ويتحمل هذا المقدار من الغبن في هذه الأجناس على الترتيب. وإنما قدر هكذا؛ لأن كثرة الغبن يوجد فيما يكون قليل التصرف، ويبيع العروض كثير، والحيوان متوسط، والعقار قليل، وما زاد عليها يكون فاحشاً. والأقوى منه أن يقال: الغبن الفاحش؛ ما لا يدخل تحت تقويم المقومين.

قيّد بقوله: «يتغابن»؛ لأنه لو اشتراه بما لا يتغابن؛ لا ينفذ على الموكل لمكان التهمة؛ لجواز أن يشتري لنفسه، فلما رأى خسراناً نسبته إلى الموكل. هذا إذا كان ما وكل فيه غير معين، فإن كان معيناً ينفذ على الموكل؛ لأنه لا يجوز له أن يشتريه لنفسه، فانتفت التهمة. وهذا إذا كان سعره غير معروف بين الناس، ويحتاج فيه إلى تقويم المقومين، وأما إذا كان معروفاً كالخبز واللحم ونحوهما؛ لا يُعفى عنه غبنه وإن كان فلساً واحداً.

(ولو وكل ببيع عبد، فباع نصفه؛ فهو جائز) عند أبي حنيفة مطلقاً. (وقال: إن باع الباقي قبل الخصومة) يجوز، وإلا فلا؛ لأنه إذا باع النصف الثاني قبل أن يختصما؛ يحصل غرض الموكل، وبعد الاختصاص في النصف الأول تظهر مخالفته. وله: إن التوكيل مطلق، فيتناول البيع جملةً ومتفرقاً.

(أو بشرائه) أي: لو وكله بشراء عبد، (فاشترى نصفه؛ توقف) شراؤه عندنا، (فإن اشترى الباقي قبل الخصومة ألزماه الموكل) وإلا يلزم الوكيل. وقال زفر: يلزم الوكيل مطلقاً؛ لأنه كان مأموراً بشراء الكل، وبشراء النصف أولاً تعيب العبد بعيب الشركة، فيكون للوكيل. ولنا: إن شراء الكل قد لا يتفق جملةً، ويكون شري البعض وسيلةً إليه، فيتوقف الأمر، فإن اشترى الباقي قبل الاختصاص؛ حصل مقصود الموكل، وإن اشتراه بعده؛ تبين مخالفته.

والفرق لأبي حنيفة بين هذه المسألة والتي قبلها: أن المبيع ملك الموكل، فاعتبر فيه إطلاؤه، والشراء تصادف ملك الغير، فلم يصح فيه إطلاؤه ولا تقييده.

ولو أعتقه الأمر حال التوقف؛ نفذ عتقه عند أبي يوسف؛ لأن العقد كان موقوفاً على إجازة الموكل دون الوكيل، فالإعتاق إجازة دلالةً، فينفذ إعتاقه، ولا ينفذ إعتاق الوكيل، وعند محمد بالعكس؛ لأن العقد إنما توقف لتوهم رفع المخالفة بشراء الباقي، فلما أعتق الوكيل؛ تأكد مخالفته، فنفذ إعتاقه لمصادفته ملكه، ولا ينفذ إعتاق الأمر. كذا في «النهاية».

(أو يبيعه) أي: لو وكله ببيع عبده (في السوق، فباعه في البيت أجزاه) وقال زفر: لا يجوز؛ لأنه مخالف حقيقةً. ولنا: إن هذا التقييد غير مفيد، فلا يُعتبر، فصار كأنه أطلقه، وكذا لو قال: في هذا السوق، فباعه في سوقٍ آخر، وأما لو قال: لا تبغ إلا في هذا السوق، فباعه في سوقٍ آخر؛ لا يجوز اتفاقاً. كذا في «الخلاصة».

(ولو خالف) الوكيل الموكل (إلى خير أنفذناه) على الأمر. وقال زفر: لا ينفذ؛ لأنه خالفه. ولنا: إنه وافقه معنىً؛ لأنه فعل ما أمر به مع زيادة.

هذا إذا خالف إلى خير في الوصف والقدر، ولو كان الخلاف في الجنس، كما لو وكله بأن يبيع بألف درهم، فباعه بألف دينار؛ لا ينفذ² وإن كان خيراً. كذا في «الزيادات».

(ولو أمره بالبيع فاسداً، فباع صحيحاً؛ أوقفه) محمد (على الإجازة) أي: إجازة الموكل؛ لأنه أمره ببيع يبيعه معه حتى الاسترداد، وقد خالفه يبيعه بآناً. (وأنفذه) على الأمر؛ لأنه أمره ببيع حرام، وهو باع بيعاً حلالاً، وهذا مخالفة إلى الخير، فينفذ عليه، وأما حتى الاسترداد؛ فليس حفاً له؛ لأنه رضي بزوال ملكه، وإنما هو حتى الشرع.

قيل: على هذا الخلاف إذا قال: بعه إلى أجل، فباعه بالنقد، لكن الأصح: أنه لا يجوز³ اتفاقاً. كذا في «المحيط».

¹ د: بمائة.

² د: يجوز.

³ ح: ينفذ.

(أو بالبيع بخيارٍ شهريٍّ) فباعه، (فاشترط ثلاثة أيام؛ فهو جائزٌ) عند أبي حنيفة. وقالوا: لا يجوز.
وهذا الخلافُ بناءً على أن خيارَ الشهر جائزٌ عندهما، فتكون¹ مخالفةُ الوكيل خلافاً إلى شريٍّ، وغيرِ جائزٍ عنده، فيكون خلافاً إلى خيريٍّ.

(ولو شرطه) أي: الوكيل بالبيع الخيار، (فازدادت القيمة في المدَّة) أي: قيمة المبيع في مدة الخيار، (فأجاز) الوكيلُ البيع، (أو سكت) عن الإجازة (حتى مضت) المدَّة، (فالبيع لازمٌ) عند أبي حنيفة؛ لأن الوكيلُ بالبيع يملك البيع بغينٍ فاحشٍ ابتداءً، فكذا هذا. (ويلزمه) أي: أبو يوسف البيع (بالسُّكوت) أي: بسكوت الوكيل حتى مضت المدَّة؛ لأن السكوت ليس في معنى البيع، فيلزم البيع بمضَيِّ المدَّة، وأمَّا الإجازة باللفظ؛ فكإنشاء العقد، وهو بالغين غيرِ جائزٍ من الوكيل ابتداءً، فكذا لم يجز بالقول. (ونفاه بهما) أي: قال محمداً: لا يجوز بالسُّكوت ولا بالإجازة؛ لأن كلياً منهما بمعنى البيع، وابتدأه بدون ثمن المثل غيرِ جائزٍ، فكذا هذا.

قيَّد بالوكيل؛ لأنَّه لو كان البائع وصياً لا يمضي البيع اتفاقاً؛ لأن تصرُّف الوصيِّ مقيدٌ بالأنظر.
وفي «المحيط»: الوكيلُ بالشراء إذا اشترى على أنه بالخيار، فانقصت قيمته في الثلاثة؛ بطل البيع بالانفاق.

(أو بعقٍ عبدٍ، فأعتق) الوكيلُ (نصفه؛ فهو صحيحٌ) عند أبي حنيفة؛ لأن المأمورَ بإعتاق الكلِّ يكون مأموراً بإعتاق النصف.
(وقالوا: كله) صحيحٌ. (أو بنصفه) أي: لو وكلَّه بإعتاق نصفه (فكله) بالنصب، أي: أعتق كله (فباطل²) عنده؛ لأنَّه لم يكن مأموراً به. (وأنفذه) وقالوا: يعتق كله. ولو لم يردف قولهما؛ لكان أحسن؛ لأنَّه في طرف الإثبات من قوله، وهذا بناءً على الخلاف في أن الإعتاق منتجٌ عنده، وغيرُ منتجٌ عندهما، وسيأتي الكلامُ فيه إن شاء الله.

(أو بتزويج امرأةٍ) أي: لو وكلَّه بأن يزوجه امرأةً، ولم يسمِّ مهراً، (فزوجُه بغينٍ فاحشٍ في المهر؛ فهو جائزٌ) عند أبي حنيفة؛ لإطلاق التوكيل. وقالوا: لا يجوز عقده؛ لأن الأمرَ محمولٌ على المتعارف عندهما، وهو مهرُ المثل.

فإن قيل: ينبغي أن لا يجوز النكاح عنده؛ لأنَّه كالوكيل بالشراء قلنا: إنَّما لم يجز في الشراء للثَّمة؛ لاحتمال أنَّه اشتره لنفسه³، فلما لم يوافقه ألزمه الموكل؛ لأنَّه لا يضيفُ العقد إلى الموكل، وفي النكاح يضيفه إلى الموكل، فتحقق الثَّمة في الشراء دون النكاح.

(أو بغيرِ كفٍّ) هذا معطوفٌ على قوله: «بغينٍ فاحشٍ». (ممن) أي: من النساء التي (تقبل لها شهادةُ الوكيل) كبننت أخيه وأخته وعمته ونحوهن، (فهو) أي: العقد (جائزٌ) عند أبي حنيفة بناءً على أصله من إجراء التوكيل على إطلاقه. وقالوا: لا يجوز تزويجه إلا بالكف بناءً على أصلهما من تقييد المطلق بالعرف، والمتعارف تزويج⁴ الكف.

(أو بكفٍّ ممن لا يقبل لها شهادته؛ فهو غيرُ جائزٍ) عند أبي حنيفة، سواءً يلي عليها الوكيلُ أو لا. (واستثنيا) من الجواز (من يلي عليها الوكيل) يعني: قالوا: إن كان للوكيل ولايةٌ على من يزوجه كبننته الصغيرة؛ فالعقد غيرُ جائزٍ، وإن كانت كبيرةً؛ جاز، واعتبارهما ليس إلا بالكف وعدم الولاية.

هكذا صودف في بعض النسخ، وهو صحيحٌ موافقٌ «للمنظومة» و«المختلف»، ووقع⁵ في أكثر نسخ المتن بهذه العبارة، وهي: «أو بغيرِ كفٍّ ممن لا تقبل لها شهادةُ الوكيل فهو جائزٌ واستثنيا...» إلا آخره، وهذا غيرُ صحيحٍ؛ لأن الوكيلُ لو زوج بنته الكبيرة ممن لا تقبل لها شهادةُ الوكيل؛ فهو غيرُ جائزٍ عنده مطلقاً، وعندهما كذلك إن كانت صغيرةً.
قال في «المنظومة»:

وإن يزوجه بنته منه بطل * وجوزاً إن بلغت ثم فعل

وهذه المسألة فرغ مسألة الوكيل بالبيع إذا عقده ممن لا تقبل⁶ شهادته له: لا يجوز عنده، ويجوز عندهما.

1 ح: فيكون.

2 ح: باطل.

3 د - لنفسه.

4 ح: تزويج.

5 د: وقع.

6 د: يقبل.

(أو بهذه الحرّة) يعني: لو وُكِّله بتزويج هذه الحرّة، فارتدّت، ولحققت بدار الحرب، ثم سُبيت، وأُخرجت إلى دار الإسلام، (فزوجها بها بعد لحاقها وسببها؛ فهو) أي: النكاح (جائز) عند أبي حنيفة. وقالوا: لا يجوز.

وهذا الخلافُ بناءً على أنَّ الوكيلَ بالنكاح يملكُ تزويجَ¹ الأمة عنده نظرًا إلى الإطلاق، ولا يملكُ عندهما نظرًا إلى العرف. (أو) وُكِّله (بالصلح عن دمٍ عمدٍ²، فصالح) من جهة الطالب (على أقلّ من الدية؛ فهو صحيح) عند أبي حنيفة خلافًا لهما. أراد به: الأقلّ بغبنٍ فاحشٍ؛ إذ لو صالحَ على أقلّ بغبنٍ يسيرٍ يجوز على الطالب اتّفاقًا، وهذا أيضًا بناءً على العمل بالإطلاق عنده، وبالتقييد بالمتعارف عندهما.

قيدنا بقولنا: «من جهة الطالب»؛ لأن الوكيلَ إن كان من جهة المطلوب، فإنَّ صالحَ بالدية أو بأكثر بغبنٍ يسيرٍ يجوز اتّفاقًا، وبغبنٍ فاحشٍ لا يجوز اتّفاقًا؛ لأنَّه وكيلٌ بشراء النفس، والوكيلُ من جهة الطالب وكيلٌ يبيعهها. وإلّا ما وضع في الوكيل؛ لأنَّ الأب إذا صالح عن قصاصٍ واجبٍ للصغير وحطَّ عن الدية شيئًا؛ لا يجوز، ويبلغ⁵ به الدية. من «الحقائق».

(أو عن موضحة) يعني: لو وُكِّل المشجوج⁶ رجلًا بالصلح عن موضحة شجّها (خطأ، وما يحدث منها) أي: عما يحدث من الموضحة كالسرابة، فصالح (بخمسائة، فبرأت) أي: صارت الشجّة صحيحة، (فله) أي: للمشجوج (نصف عشرها) وهو خمسة وعشرون عند أبي حنيفة، (ويرد الباقي) إلى الشاج. (وقالوا: الكلُّ له) أي: كلُّ خمسائة للمشجوج.

قيد بالخطأ؛ لأنّها لو كانت عمدًا يجب القصاص اتّفاقًا. وقيد بما يحدث منها؛ لأنّه لو لم يذكر⁷ ما يحدث منها يسلم له الكل اتّفاقًا. **لهما:** إنَّ الصلح عن الشجّة صلحٌ عما يحدث منها أيضًا، ولهذا لو صالحَ عنها ولم يذكرَ معها ما يحدث منها، فمات المشجوج؛ لا يجب شيءٌ، فلو اقتصر على الشجّة كان كلُّ البدل له، فكذا إذا ذكرَ معها ما يحدث منها. **وله:** إنَّ الصلح مقابلٌ بشيئين: الموضحة والنفس، وأرشُ الموضحة خمسائة درهم، وديةُ النفس عشرة آلاف درهم، فإذا قُسم بدلُ الصلح عليهما؛ يكون بإزاء الموضحة نصفُ عشر بدل الصلح، فيسلم له هذا المقدار، ويرد الباقي.

(فصل) في الوكيلين والعزل وبطلان الوكالة

(وإذا وُكِّل اثنين لم ينفرد أحدهما) بالتصريف، وإن كان الآخر عبدًا أو صبيًا محجورًا عليه (في كلِّ تملكٍ) بلا بدلٍ⁸، كما إذا قال: أمر امرأتي ببيدكما، فإنّه تملكُ الطلاق، ولذا⁹ يقتصر في المجلس¹⁰، وكذا لو قال: طلقها إن شئتما، (أو عقده فيه بدل) كالبيع والطلاق بعوض¹¹؛ لأنّه يحتاج فيه إلى الرأي، والموكّل إنّما رضي برأيهما، فلا ينفذ برأي أحدهما، وكذا لو قدر الموكّل في البيع لهما ثمنا؛ لأن رأيهما لا بُدّ منه في اختيار المعامل، وفيما عدا هذين الموضوعين ينفرد أحدهما كالطلاق بلا عوض. وفي «التبيين»: هذا إذا وُكِّلهما بكلامٍ واحدٍ، وإن وُكِّلهما بكلامين؛ جاز تفرد أحدهما؛ لأنّه رضي برأي كلِّ منهما على الانفراد وقت توكيله، بخلاف الوصيين حيث لا يجوز تفرد أحدهما وإن جُعِلَا وصيين بكلامين في الأصح؛ لأن وجوب الوصية بالموت، وعند الموت صارا وصيين¹² جملةً واحدةً.

1 د: تزوج.

2 د: العمدة.

3 ح: بأن.

4 د: فإن.

5 د: وتبلغ.

6 د - المشجوج.

7 د: تذكر.

8 ح: ببدل كالطلاق بعوض.

9 ح: وكذا.

10 ح: بالمجلس.

11 ح - والطلاق بعوض.

12 د: وصيتين.

(وأجزناه) أي: تفرّد أحد الوكيلين (في الخصومة) وقال زفر: لا يجوز؛ لأنّه إنّما رضي باجتماعهما في الخصومة لا بانفراد أحدهما.

ولنا: إنّ شروعهما في الجواب يكون شعباً عند القاضي، فينفرد أحدهما في الجواب.
ولو قال: في الخصومة مع رأي الآخر؛ لكان أولى؛ لأنّه لو تفرّد أحدهما بلا رأي الآخر لا يجوز اتّفاقاً، هل يشترط حضور الآخر عند خصومة صاحبه؟ عائمة المشايخ على أنّه لا يُشترط كذا في «المصنفى».

(ولا يملك الوكيل التوكيل) فيما وُكِّل فيه؛ لأنّه إنّما رضي برأيه دون رأي غيره، (إلا بإذن) من الموكل في التوكيل، لكن الوكيل يقبض الدين إذا وُكِّل من في عياله صحّ، حتى لو قبض فهلك في يده لا يضمن. كذا في «الجامع البرهاني».

(أو تفويض) بأن يقول لوكيله: اعمل برأيك.
اعلم أنّ الوكيل إذا وُكِّل آخر بالإذن أو التّفويض؛ يكون الثاني وكيلاً عن الموكل، حتى لا يملك الأول عزله، ولا ينزل بموته، وهو نظير استخلاف القاضي، حيث لا يملكه إلا بإذن الخليفة، ثم لا ينزل بعزل القاضي ولا بموته، وإنّما ينزل بعزل الخليفة.
(فلو عقد الثاني) أي: الوكيل الذي لم يوجد إذن في توكيله (بخصرة) الوكيل (الأول أجزناه) وقال زفر: لا يجوز؛ لأن وكالة الثاني غير صحيحة.

ولنا: إنّ إذا حضر عقد الثاني، ولم يمنعه؛ وُجِدَ رأيه فيه، وكان ذلك هو المقصود للموكل، فيجوز.
(أو بغير حضرته) يعني: لو عقد الثاني عند غيبة الأول، (فأجزاه) الوكيل الأول (جاز) فكذا لو عقد أجنبي، فأجزاه الأول؛ لأن مقصود الموكل حضور رأيه قد حصل. وحقوق العقد يتعلّق بالوكيل الأول أو الثاني؟ ففيه خلاف المتأخرين.
وفي «الجامع»: هذا إذا لم يبيّن الثمن، فإن كان بينه جاز بلا إجازته.

وفي «المنتقى»: وكيل النكاح والخلع والكتابة كوكيل البيع، بخلاف الطلاق، فإنّه لو وُكِّل رجلاً بأن يطلق امرأته، فطلقها رجل آخر بخصرة الوكيل، أو كان غائباً فأجاز؛ لا يجوز؛ لأن الطلاق يتعلّق بالشرط، فكأنّ الموكل علّفه بلفظ الأول دون الثاني، ولهذا قيّد بقوله: «ولو عقد»، فعلم منه أنّه لو وُكِّل بخصومة أو تقاضي دين، ففعل الثاني بخصرة الأول؛ لا يجوز.
(ويملك الموكل عزله)؛ لأنه هو المثبّت له وصف الوكالة، فيملك إبطاله، (ما لم يتعلّق بها) أي: بوكالة الوكيل (حقّ الغير)

كالوكالة بالخصومة إذا ثبتت من المطلوب بطلب المدّعي، فلا يملك عزله؛ لِمَا فيه من إبطال حقّ الغير.
وفي «الفصول»: هذا إذا علم الوكيل بالوكالة، وإن لم يعلم بها²؛ فله عزله على كل حال.
قيّدنا بالطلب؛ لأنّه لو وُكِّل بلا طلب يملك الموكل عزله، سواء كان الخصم حاضراً أو غائباً.
وقيّدنا بكون الوكيل من المطلوب؛ لأنّه لو وُكِّل الطالب؛ فله عزله عند غيبة المطلوب، والوكالة التي تضمّن عقد الرهن، وما قاله بعض المشايخ من أنّ الزوج إذا وُكِّل وكيلاً بطلاق زوجته بالتماسها، ثم غاب؛ لا يملك عزله لتعلق حقّها به؛ فضعيف، بل له عزله؛ لأن المرأة لا حقّ لها في الطلاق. كذا في «النهاية».

(ونشترط علمه) أي: علم الوكيل (في إبطال تصرّفه) أي: في عزل الموكل وهو على وكالته ما لم يعلم. وقال الشافعي: لا يشترط علمه، بل ينزل بدونه، كما لو باع الموكل ما وُكِّله ببيعته ينزل وإن لم يعلم³.

ولنا: إنّ العزل نهى، فلا يثبت حكمه بدون العلم، كالنهى الشرعي، بخلاف بيع الموكل؛ لأن العزل فيه ضمنى.
اعلم أنّ هذا شرط في عزل الوكيل، وأما الرسول؛ فينزل بعزل المرسل قبل العلم به؛ لأن الرسول مبلغ عبارة المرسل، فيكون عزله رجوعاً عن الإيجاب له ذلك قبل قبول الآخر.

(والعزل يثبت) عند أبي حنيفة (بإخبار اثنين، أو واحد عدل. وقالوا: بواحد) أي: يثبت العزل بخبر واحد (مطلقاً) أي: عدلاً كان أو غيره.

وفي «المصنفى»: الخلاف فيما إذا كذبه الوكيل، وإن صدقه ينزل اتّفاقاً.
قيّد بالعزل؛ لأن الإخبار بالتوكيل بخبر الفاسق مقبول اتّفاقاً.

1 ح: فلو.

2 د: به.

3 د: يعلمه.

(كالرسول) أي: كما أنَّ الوكيلَ ينعزل إذا جاء رسولُ الموكل بعزله، سواءً كان ذلك الرسولُ عدلاً أو لا. وله: إنَّ هذا خبرٌ فيه إبطالٌ لولاية الوكيل، فوجد في الزامٍ من وجهٍ؛ لأنَّه يكون ضامناً بالتصرف فيما وُكِّلَ به، فيشترطُ فيه أحدُ شطري الشهادة من العدد أو العدالة¹، وأمَّا الرسولُ؛ فقام مقامَ المرسل، فكأنَّه خاطبه مشافهَةً، فلم يُعتبر صفاته.

(وتبطل) الوكالةُ (بموت أحدهما) أمَّا بموت الموكل؛ فلأنَّ عقدَ الوكالةِ غيرُ لازمٍ، فالتوكيلُ في كلِّ ساعةٍ ثابتٌ تقديراً، وابتداءً التوكيل من الميت ممتنعٌ، فكذا بقاءه، وأمَّا بموت الوكيل؛ فظاهرٌ، بخلاف موت الخليفة، فإنَّ القاضي لا ينعزلُ به؛ لأنَّه غيرُ منصوبٍ لمصلحة الخليفة كالموكل، بل المصلحة للمسلمين.

(وجنونه) أي: بجنون أحدهما (جنوناً مطبقاً) أي: مستوعباً. قيّد به؛ لأنَّ قليلاً كالإغماء لا يبطلُ الوكالةَ، وأمَّا كثيرون؛ فكالموت. (فيقدره²) أي: أبو يوسف الجنون المطبق (بشهرٍ)؛ لأنَّ وجوبَ رمضان إنَّما يسقطُ به، (أو أكثر من يومٍ وليلة) وهذا روايةٌ عنه؛ لأنَّ الصلوات الخمس تسقطُ به. (وقدره) محمدٌ (بحولٍ) كاملٍ، وهو الصحيح؛ لأنَّ استمراره حولًا مع اختلاف فصوله أيُّ استحكامه وإلحاقه بالموت.

اعلم أنَّ الوكالةَ إذا كانت لازمةً لا يبطلُ بهذه العوارض، كما إذا جعل أمرَ امرأته بيدها، فإنَّه قد ملكها التصرفَ، فصار كتمليك العين.

(ولحاقُ الموكل بعد ردِّته بدار الحرب مبطلٌ) عند أبي حنيفة؛ لأنَّ أهلَ الحرب أمواتٌ في أحكام الإسلام، وباللحاق صار منهم. (وقال: إنَّ حُكْمَ به) أي: بلحاظه يبطل، وإلا فلا؛ لأنَّ لحاقه إنَّما يثبت بقضاء القاضي.

قيّد باللحاق؛ لأنَّ المرتدَّ قبله لا يبطلُ توكيله عندهما، وموقوفٌ عنده: إن أسلم نفذ، وإن قُتِل أو لحق بدار الحرب بطلَ.

(وإذا لحق الوكيلُ) بدار الحرب (بطلَ تصرفه، فإن عاد مسلمًا) إلى دار الإسلام (لا يُعيده) أي: أبو يوسف الوكيلُ إلى وكالته؛ لأنَّ ولايةَ تصرفه بطلتُ باللحاق، فلا يعودُ، كما أنَّ مدبَّره يعتقُ باللحاق، ولا يعودُ بعوده. (وخالفه) أي: قال محمدٌ: يعودُ إلى وكالته؛ لأنَّ الردَّة لا تنافي³ الوكالةَ، ولهذا لو أسلم قبل اللِّحاق يبقى على وكالته، لكن لتباين الدارين تعدُّ تصرفه، وإذا زال المانع عاد الوكالةُ، كما لو أغمي عليه زمانًا ثم أفاق.

(ولو عاد الموكلُ) مسلمًا بعدما حُكِمَ بلحاظه (لم تعدُّ) وكالةً وكيلاً (في الظاهر) أي: في ظاهر الرواية عنهم؛ لأنَّ اللِّحاق بمنزلة الموت. (وأعاده) محمدٌ في روايةٍ عنه، كما قال في الوكيل، والفرق له على الظاهر: أنَّ مبنى الوكالة في حقِّ الموكل هو الملكُ، وقد زال باللحاق، فبطلتُ قطعًا، وفي حقِّ الوكيل معنى قائمٌ به من العقل والقصد، ولم يزلْ ذاك باللحاق، بل عجز عن تصرفه.

(وإذا وُكِّلَ المكاتبُ، فعجز) وعاد إلى الرقي، (أو وُكِّلَ (المأذونُ، فحجَّر عليه، أو وُكِّلَ (الشريكان)، أو أحدهما، (فافتراقاً) عن الشركة (بطلت) الوكالةُ (علم أو لم يعلم)؛ لأنَّ هذا العزلُ حكميٌّ، فلا يُشترطُ فيه العلمُ. أمَّا بطلانها في المكاتب والمأذون؛ فلا تُنهما خرجا عن أهليَّة الإذن بالعجز والحجر، وهي كانت شرطاً في ابتداء التوكيل، فكذا في بقاءه. وأمَّا في الشريكين؛ فلا تُكَلِّ واحدٍ من الشريكين وكيلاً عن الآخر، فإذا انفسخت الشركة؛ بطلَ ما في ضمنها من الوكالة، فينعزلُ كلُّ منهما.

فإن قيل: كيف يصحُّ هذا الوجهُ ولا ينفردُ أحدهما بفسخ الشركة بدون علم صاحبه، فكيف يُتصوَّرُ أن ينعزلَ؟ قلنا: يحملُ هذا على ما إذا هلك المالكان أو أحدهما قبل الشراء تبطلُ الشركةُ، فتبطلُ الوكالةُ في ضمنها، علماً بذلك أو لم يعلمها؛ لأنَّه عزلٌ حكميٌّ.

فإن قلت: كيف صحَّ توكيلُ أحد الشريكين ولا يصحُّ توكيلُ الوكيل إلا بإذن الموكل، ولم يوجد؟ قلت: ما قلت في الوكالة القصدية، وأمَّا في الوكالة الثابتة في ضمن الشركة؛ فيصحُّ توكيلُ الوكيل بدون إذن الموكل. كذا في

«الكفاية».

هذا إذا لم يكن الوكالةُ مصرَّحاً بها عند عقد الشركة؛ إذ لو صرَّحاً بها بالإذن في التوكيل لا تبطلُ الوكالةُ، فلا ينعزلُ بدون علمه. اعلم أنَّ وكيلاً المكاتب والمأذون إنَّما ينعزلُ في العقود والخصومات، وأمَّا في قضاء الدين واقتضائه؛ فلا ينعزلُ؛ لأنَّهما إنَّما حُرِّجا بالعجز والحجر عن إنشاء التصرف، لا عن قضاء الدين واقتضائه، وكذا وكيلهما. ثم المكاتب لو كوتِبَ بعد ذلك، أو أذن

¹ ح: والعدالة.

² د: ويقدره.

³ د: ينافي.

المحجور؛ لم تعد الوكالة؛ لأن صححتها باعتبار ملك الموكِّل التصرف عند التوكيل، وقد زال ذلك، ولم تعد بالكتابة الثانية أو الإذن الثاني. ولو عزل المولى وكيل مأذونه لا ينزل؛ لأن ذلك حجرٌ خاصٌّ، فلا يُعتبر مع بقاء الإذن العام.

(أو تصرف الموكِّل فيما وكِّل به) تصرفاً يعجز الوكيل عن الامتثال به، كما إذا أمره ببيع عبده، ثم باعه بنفسه، (بطلت) الوكالة لفوات المحلِّ، وإن لم يعجز عن الامتثال به، كما إذا وكَّل بطلاق امرأته، فطلقها واحدةً، ولم تنقض عدتها؛ فللوكيل أن يطلقها أخرى لبقاء المحلِّ. ولو وكَّله بتزويج امرأةٍ، فتزويجها بنفسه، ثم طلقها؛ ليس للوكيل أن يزوجه إياها؛ لأن الحاجة قد انقضت.

(فلو باعه) الموكِّل، (فرداً عليه ببيعٍ بقضاءٍ؛ يمنع) أبو يوسف (الوكيل عن بيعه) مرّة ثانية. قيّد بقوله: «بقضاء»؛ لأنّه لو ردّه ببيعٍ بغير قضاءٍ أو إقالةٍ لا تعود الوكالة اتفاقاً؛ لأنّه يبيع في حقِّ ثالثٍ، والوكيل ثالثهما، والوكالة تعلقت بالملك الأول، وهذا ملكٌ جديدٌ، وإذا ردّ عليه بقضاءٍ؛ يكون فسخاً، وكذا لو ردّه بخيار الرؤية أو خيار الشرط¹، أو لفساد البيع؛ لأنّه بتصرف الموكِّل صار معزولاً.

(وأجازه له) أي: أجاز محمد البيع للوكيل؛ لأن الموكِّل لم يعزله قضاءً، وإنما تعدّ تصرفه فيما وكَّل به لخروجه عن ملك الموكِّل، فإذا عاد على حكم الموكِّل عاد بحقوقه، بخلاف ما لو وكَّله ببيعٍ شيءٍ، فوهبه المالك، ثم رجع؛ فليس للوكيل أن يهبه؛ لأن الواهب رجع باختياره، فزالت الحاجة إلى الوكالة، وأمّا الردُّ بالعيب بقضاءٍ؛ فحاصلٌ بغير اختياره، فلم يكن دليل عدم الحاجة، وإن عاد بميراثٍ؛ لم يكن للوكيل بيعه اتفاقاً.

(كتاب الكفالة)

وهي في اللغة: مطلق الضمِّ، قال الله تعالى: ﴿وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا﴾ [آل عمران، 37/3] أي: ضمّها إلى نفسه. (ويفسر) في الشريعة (بضمّ الذمّة) أي: ذمة الكفيل (إلى الذمّة في المطالبة) أي: مطالبة الدين (لا في الدين) هذا نفيٌ لما قاله بعض المشايخ من أنّها ضمّ الذمّة إلى الذمّة في الدين؛ لأن مطالبة الدين فرع ثبوته، ولا يُصوّر الفرع بدون الأصل، واستدلوا عليه بأحكام، وهي أنّ الطالب لو وهب الدين من الكفيل أو اشترى به شيئاً منه صحَّ، ولو لم يكن الكفيل مديوناً لما جاز ذلك، والأصح ما ذكّر أولاً؛ لأن وجوب المطالبة بدينٍ على غيره موجودٌ، كالوكيل بالشراء، فإنّه يطالب بدينٍ على الموكِّل، وجعل الدين الواحد دينين قلبٌ للحقيقة، فلا يصار إليه، وفيما ذكره من الأحكام جعل الدين الواحد كدينين لضرورة تصحيح التصرف، فلا حاجة في غيرها إليه، وأصل المطالبة فرع لأصل الدين، وأما استحقاقها؛ فليس بفرع، بل ينفصل عنه، كما أنّ البناء لا يُصوّر انفصاله عن العرصة وجوداً، ويُصوّر استحقاقاً.

(ولم يسقطه عن الأصيل بالكفالة) وقال مالك: الأصيل يبرأ عن الدين بالكفالة؛ لأن الدين واحدٌ، فلا يبقى في ذمّة الأصيل؛ لئلا يصير الدين الواحد دينين كما في الحوالة.

ولنا: إنّ الكفالة: ضمّ الذمّة إلى الذمّة في المطالبة، فيقتضي قيام الدين في الذمّة الأولى، بخلاف الحوالة؛ لأنّها ينبي عن التقل. (ولا يصح) الكفالة (إلا ممن يملك التبرع)؛ لأنه عقد تبرع ابتداءً، فلا يصح من الصبي والعبد؛ لأنّهما لا يملكان التبرع؛ لعدم أهليتهما².

(ونجزها بالنفس، فيضمن إحضار المكفول به) وقال الشافعي: لا يجوز؛ إذ ليس للكفيل ولايةٌ على غيره حتى يسلمه، بخلاف الكفالة بالمال؛ لأن له ولايةً على مال نفسه.

ولنا: ما روي أنّ أمّ كلثوم رضي الله عنه ضمنّت نفس علي رضي الله عنه حين خاصم معه عمر، والصحابه أجازوها، وتسليم المكفول به مقدورٌ له بأن يعلم مكانه، فيخلي بينه وبينه، أو بأن يستعين بأعوان القاضي.

وفي «الحقائق»: الكفالة بالأعيان المضمونة كالمغصوب³ على هذا الخلاف، إلا أنّه لا تصح الكفالة بالنفس قولاً واحداً، وله في العين قولان.

وفي «الجامع الصغير»: لو كفّل بنفسه عبداً، فمات، إن كان هو المدعى عليه؛ برئ الكفيل، وإن كان المدعى به؛ ضمن قيمته. (وتعقد) الكفالة بالنفس (إذا قال: تكفّلتُ بنفسه، أو بما يعبر به عنها).

¹ د: شرط.

² ح: أهليته.

³ د: كالمغصوبة.

اعلم أنَّ هذا معطوفٌ على «قال» بتقدير العامل فيه، يعني: تتعقَّد¹ إذا كفل بعضوٍ يعبِّرُ عنه النفس، لا على قوله بنفسه؛ لأنَّ الكفيلَ لا يقول: تكفَّلت بما يعبِّرُ به، بل يقول: تكفَّلت بروحه.

(أو بجزءٍ شائعٍ) كالروح والوجه) والجسد والرأس وأمثالها. قيَّد به؛ لأنَّه لو قال: تكفَّلت بيده أو رجله؛ لا يصحُّ²؛ لأنَّه لا يعبِّرُ بها عن النفس.

(أو بجزءٍ شائعٍ) كأن قال: تكفَّلت بثُلثه أو رُبْعِه؛ لأنَّ الكفالةَ لا تتجزَّأ، فنذكرُ الجزءَ الشائعَ منها كذكرِ كلها.

(ويقوله: ضمنته)؛ لأنَّه صريحٌ في الكفالة، (أو هو عليٌّ) أي: ويقولُه: هو عليٌّ؛ لأنَّ صيغةَ «عليٌّ» للإلزام. (أو إليّ) أي: ويقولُه: هو إليّ؛ لأنَّ «إليّ» تجيءُ بمعنى: عليٌّ، ولا تتعقَّدُ بقوله: الذي لك على فلانٍ أنا أدفعه إليك، وتتعدَّدُ³ بقوله: إن لم يؤدِّ فلانٌ فأنا أدفعه إليك، نظيره ما ذكر في المناسك لو قال: أنا أحجُّ لا يلزمه شيءٌ، ولو قال: إن فعلتُ كذا فأنا أحجُّ يلزمه. كذا في «الخلاصة».

(أو أنا زعيمٌ به أو قبيلٌ) كلاهما بمعنى الكفيل.

(ولو علَّقَ تسليمه) أي: تسليمَ المكفول به (بوقتٍ معيَّنٍ؛ أحضره فيه إذا طالبه) المكفولُ له في ذلك الوقت؛ لأنَّه التزمه كذلك، ولو دفعه قبل ذلك الوقت برئٍ وإن لم يقبله المكفولُ له. ولو كفل إلى شهرٍ؛ لم يبرأ بمضيِّ شهرٍ ما لم يسلمَ نفسَ الخصمِ إليه، وفائدةُ التأجيلِ تأخيرُ المطالبة. ولو قال: على أتِّي بريءٌ من الكفالة بعد الشَّهر؛ يكون بريئاً بعده. كذا في «النوازل».

(وإلا حُيسن) أي: إن لم يحضِرْه في ذلك الوقت حبسه الحاكمُ، قال الشيخُ الزيلعيُّ شارحُ «الكنز»: ينبغي أن يفصلَ هنا، ويقال: إن ثبتَ كفالته بإقراره لا يحبسُه، بل أمرَه بالدفع؛ لأنَّ الحبسَ جزءُ المطل، وهو لم يظهر من أوَّل الأمر، وإن ثبت بالبيِّنة حبسه كما وجب؛ لظهور مَطْلَه بالإتكار، هذا في الحبس للدين⁴.

وفي «الإيضاح»: هذا إذا لم يظهر عجزُه، وأمَّا إذا ظهر بأن لا يعلم الكفيلُ مكانه، أو بشيءٍ آخر؛ لا يحبسُه.

وفي «الذخيرة»: إذا ارتدَّ المكفولُ به، ولحق بدار الحرب؛ يؤمر الكفيلُ بإحضاره إن لم يمنعوه، ولا تسقطُ كفالته؛ لأنَّه إنَّما اعتبر ميئاً حكماً في قسمة ماله، وأما في حقِّ نفسه؛ فهو حيٌّ.

(وإذا سلَّمه) أي: الكفيلُ أو وكيله المكفولُ به (في مكانٍ يقدر) المكفولُ له (على محاكمته) كما إذا سلَّمه في المصر (برئ)

الكفيلُ من الكفالة، سواءً قبله الطالبُ أو لا؛ لأنَّه أتى بما التزمه.

وفي «التبيين»: إن سلَّمه بغير طلب المكفول له لا يبرأ حتى يقول: سلَّمته إليك بجهة⁵ الكفالة، وإن سلَّمه بعد طلبه برئٍ وإن لم يقل كذا وكذا يبرأ إذا دفع⁶ المكفولُ به نفسه إلى الطالب، أو سلَّمه فضوليًّا للكفيل، فقبله الطالبُ منه، ولو لم يقبله لا يُجْبَرُ على القبول.

(وإن عيَّن مجلسَ الحكم) أي: شرط تسليمه في مجلس القاضي، (فسلَّمه في السوق؛ برئ)؛ لأنَّ المقصودَ حصل بالتسليم.

وقيل: لا يبرأ، وهو قول زفر، وبه يفتى في زماننا⁷؛ لتهاون الناس في إعانة الحقِّ.

(وكذا) يعني: كذا تسليمُ الكفيل عند أبي حنيفة حيثُ برئ به إذا سلَّمه (في مصرٍ غير المسَمَّى) أي: غير المصر الذي سمَّاه

لتسليمه. وقالوا: لا يبرأ؛ لأنَّه لم يأت بما التزمه، وهذا القيد مفيدٌ لاحتمال أن يكون شهوده فيه.

وله: إنَّ المعبَّرَ تسليمُه على وجهٍ يتمكَّن من مخاصمته، وقد حصل، والاحتمالُ موهومٌ غير معتبرٍ، فبقي التسليمُ سالمًا عن

المعارض.

ولو سلَّمه في السجن، وقد حبسه غيرُ الطالب؛ لا يبرأ؛ لأنَّه لا يتمكَّن من إحضاره مجلسَ الحكم.

وفي «المحيط»: هذا إذا كان السجنُ سجنَ قاضٍ آخرٍ في بلدٍ آخر، أمَّا لو كان سجنَ هذا القاضي، أو سجنَ أمير البلد في

هذا المصر؛ يبرأ وإن كان قد حبسه غيرُ الطالب؛ لأنَّ سجنه في يده، فيخلِّي سبيله حتى يجيب خصمَه، ثم يعيده إلى السجن.

(لا في بريئة) أي: لا يبرأ الكفيلُ إذا سلَّم المكفولُ بنفسه في بريئة أو في قريةٍ ليس فيها حاكمٌ؛ لعدم قدرته على خصومته.

1 ح: ينعقد.

2 د: تصح.

3 ح: و ينعقد.

4 ح: في الدين.

5 د: بجهته.

6 د: وقع.

7 د: زمننا.

(ويبرأ الكفيل بموته) أي: بموت الكفيل لامتناع التسليم منه، (وموت المكفول به) لعجزه عن إحضاره بالضرورة، (لا المكفول له) أي: لا يبرأ الكفيل بموت المكفول له؛ لقيام وصيته أو وارثه مقامه في طلب حقه.

(ولو قال) الكفيل: (إن لم أواف به) أي: بالمكفول بنفسه (غداً فأنا ضامن للألف التي عليه، فلم يواف به) في الغد، (نضمته) أي: لزمه ضمان المال عندنا. وقال الشافعي: لا يصح هذه الكفالة؛ لأنه تعليق وجوب المال بشرط، وهو غير جائز كالبيع.

ولنا: إن هذا التعليق ليس في وجوب المال، وإنما هو في وجوب المطالبة كما سبق بيانه، فيجوز لكونه متعارفاً. (ولم يبرأ من الأولى) أي: من الكفالة بالنفس؛ لأنها كانت ثابتة قبل الكفالة بالمال، فلا تبطل¹ بوجودها؛ إذ لا منافاة بينهما، ولذا² لو كفلهما جملة في وقت واحد صححت.

(ولو قال: كفلتُ بنفس زيد، فإن لم أواف به غداً فأنا كفيلٌ بنفس عمرو) والحال أن عمراً مديون آخر للطالب، (أو بمالك على عمرو) يعني: لو قال: كفلتُ بنفس زيد، فإن لم أواف به غداً فعلي مالك على عمرو. (أو فعلي ألف) يعني: لو قال: كفلتُ بنفس زيد، فإن لم أواف به غداً فعلي ألف درهم (مطلقاً) أي: لم يقيد الألف بأنها في دمة فلان، (أبطل) محمداً (الثانية) أي: الكفالة بالمال أو النفس. وقالوا: صحيحة يلزمه المال أو النفس إن مضى الغد ولم يواف به.

له في المسألتين³. إن هذا التعليق غير متعارف؛ إذ لا اتصال بين الكفالتين، فلا تجوز الكفالة الثانية لتعلقها⁴ بشرط مجهول، كما لو قال: إن دخلت الدار فأنا كفيلٌ بنفس فلان.

ولهما: إن بين الكفالتين اتصالاً؛ لكونهما لطالب واحد، ففي تصحيح الثانية تأكيداً لموجب الأولى؛ لأنه لو لم يواف به للحقه ضررٌ بلزوم الثانية، فيجوز.

وله في الثالثة⁵: إنه بإطلاقه الكلام أخرج مخرج الإقرار، فلا يصح تعليقه.

ولهما: إن كلامه إذا حُمل على الكفالة يصح، وإذا حُمل على الإقرار لا يصح، فيحمل على الكفالة صوتاً لكلامه عن اللغو. (والكفالة بالنفس جبراً في القصاص وحدّ القذف باطلة) يعني: لو طلب مدعي القصاص أو حدّ القذف من القاضي أن يأخذ كفيلاً لنفس المدعى عليه حتى يحضر بيته؛ فالقاضي لا يُجبره على إعطاء الكفيل عند أبي حنيفة (كسائر الحدود) وقالوا: يجبر عليه. قيد بقوله: «جبراً»؛ لأنه لو أعطاه بلا جبر صحّت الكفالة اتفاقاً.

وفي الجراحة خطأ والقتل خطأ يُجبر على إعطاء الكفيل؛ لأن موجب المال، وفي التعزير يجوز للقاضي أن يطلب منه الكفيل؛ لأنه من حقوق العباد، ولا يسقط بالشبهات. من «الإيضاح»⁶.

لهما: إن كلاً من القصاص وحدّ القذف حقّ العبد، فيجبر فيه على إعطاء الكفيل كسائر حقوق العبد، بخلاف سائر الحدود؛ لأنها خالصة لله تعالى، وهو مستغن عن التوثق.

قال الإمام التمرتاشي: جواز العبر عندهما له غير مختصّ بالقصاص وحدّ القذف، بل يُجبر في حدّ السرقة أيضاً؛ لأن الدعوى شرطٌ فيه كما هي شرطٌ فيهما، فالمدعي يحتاج إلى أن يجمع بين شهوده ومطلوبه، بخلاف سائر الحدود.

وله: إن مبنى الحدود كلفها على الدرء بالشبهة، فلا يجبر على استيثاقها بالكفالة.

اعلم أن المراد بالجبر هنا: هو الأمر بملازمته، لا الجبر بالحبس وغيره. كذا في «التبيين».

1 ح: يطل.

2 ح: وكذا.

3 د: المسألة الأولى.

4 د: لتعلقها.

5 د: الثانية.

6 د - وفي التعزير يجوز للقاضي.

(ويحبس به¹) أي: المدعى عليه بحدّ القذف أو القصاص² (بالتهمة) أي: تهمة القذف أو القتل الثابتة (بشهادة مستورين) أي: غير معلوم فسادهما، (أو عدل) حتى يظهر الحقُّ بحجّة تامّة؛ لما روي أنّه صلى الله عليه وسلم حبس رجلاً بتهمة الفساد³. وعن أبي يوسف ومحمد: إنّه لا يحبس بهذه الشهادة؛ لحصول الاستيثاق بالكفالة.

(ولا تصح⁴) الكفالة (بنفس الحدّ والقصاص)؛ لأنّ النياية لا تجري في العقوبات.

(ولو ادعى قذفاً على عبد، فبرهن بحضرة مولاه، فالحكم) عند أبي حنيفة (حبسه إلى حين التزكية) أي: حبس العبد لثبوت التهمة بنفس الشهادة إلى أن تزكى⁵ البينة، (وأخذ كفيلاً) من المولى (بنفس المولى) فيقام الحدّ عليه بحضرة مولاه. (ويأمر) أبو يوسف (بأخذه) أي: بأخذ الكفيل (بنفس العبد) لا بنفس مولاه؛ لأنّ حضور المولى في إقامة الحدّ على العبد ليس بشرط عنده بعد ثبوت القذف بحضرة. (لا بنفسهما) أي: قال محمد: يؤخذ الكفيل بنفس العبد والمولى جميعاً؛ لأنّ حضور المولى لاستيفاء الحدّ شرط عنده.

وفي «الفتاوى الصغرى»: إذا طلب المدعى من المدعى عليه كفيلاً يجبر على إعطائه، وعن محمد: إنّه لا يجبر إذا كان معروفاً، وهذا إذا كان المدعى عليه مقيماً، وإن كان غريباً؛ لا يجبر على الكفيل، بل حقه في اليمين فقط، ولربّ الدين طلب الكفيل من المديون وإن كان دينه مؤجلاً.

(فصل) في الكفالة بالمال

(وتجوز بالمال معلوماً كان أو مجهولاً)؛ لأنّ مبناها على التوسعة، فيتحمّل⁶ فيها الجهالة اليسيرة. (إذا كان ديناً صحيحاً) وهو الذي لا يسقط عن المديون إلا بأدائه أو بالإبراء عنه. قيّد به احترازاً عن بدل الكتابة؛ لأنّه يسقط بدونهما، وهو عجز المكاتب عن أدائه، فلا تجوز⁷ الكفالة به. (كنتكفّلت عنه بالف، أو بما لك عليه، أو بما يدركك في هذا البيع) أي: من غرامة الثمن إذا استحقّ المبيع من يد المشتري، والأوّل مثلاً للمعلوم، والباقي للمجهول. وإذا كفّل بالدرك، فاستحقّ المبيع؛ لم يؤخذ الكفيل حتى يقضى به على البائع، وقال أبو يوسف في «المنتقى»: الكفيل بالدرك يأخذه المشتري بالثمن إذا قضى عليه بالاستحقاق وإن كان البائع غائباً.

(ويتخيّر المكفول له في مطالبة أيهما شاء) من الأصيل والكفيل، ولا يبرأ الآخر بطلبه من أحدهما. (فإن شرط براءة الأصيل انعقدت) الكفالة (حوالة، كما إذا شرط في الحوالة مطالبة المحيل كانت) الحوالة (كفالة)؛ لأنّ الاعتبار للمعنى دون اللفظ. (ويجوز تعليقها بشرط ملائم، كشرط وجوب الحق، أو إمكان الاستيفاء، أو تعذره، كما⁸ بايعت فعلي) أي: كقوله: ما بايعت⁹ فعلي ثمنه، (أو ما ذاب) أي: وجب (لك عليه فعلي) وكلّ من الشّطين ملائم للكفالة؛ لدلالته على ثبوت الحق. (أو إذا قدم المكفول عنه) يعني: لو قال: إذا قدم المكفول عنه فعلي ما عليه، وهذه شرط إمكان الاستيفاء، (أو غاب عن البلد) يعني: لو قال: إذا غاب المكفول عنه عن البلد، هذا مثلاً لتعذر الاستيفاء.

(لا بمجرّد الشّروط) أي: لا يجوز تعليقها بشرط غير ملائم، (كهبوب الريح، ومجيء المطر)؛ لأنّه تعليق وجوب المال بالخطر، فلا يصحّ، ولكن تصحّ كفالته، كما صحّ الطلاق إذا علّق بمجيء المطر. (فلو جعله) أي: كلّ واحدٍ من هبوب الريح ومجيء المطر (أجلاً) كما إذا قال: كفّلت بكذا إلى أن يمطر السماء ويهبّ الريح، (وجب المال حالاً)؛ لأنّ تأجيله بطل، فلزمه حالاً.

1 د - به.

2 ح: والقصاص.

3 سنن أبي داود، الأفضية، 29؛ سنن الترمذي، الديات 21؛ سنن النسائي، قطع السارق 2. وليس فيه كلمة الفساد.

4 د: يصح.

5 د: يزكي.

6 د: فتنحمل.

7 ح: يجوز.

8 د + لو.

9 د: بعث.

(ولا يصح تعليق البراءة منها) أي: من الكفالة (بالشروط)؛ لأن فيه معنى تمليك المطالبة، وهي كالمال؛ لأنها وسيلة إليه، والتمليك لا يقبل التعليق. (ويصح التعليق (في رواية)؛ لأن الإبراء عن الكفالة إسقاط محض، ولهذا لا يرتد برد الكفيل، بخلاف التأخير عن الكفيل حيث يرتد برده؛ لأنه ليس بإسقاط، وبخلاف الإبراء عن الأصيل حيث يرتد بالرد؛ لأن فيه معنى التمليك. (ولو تكفل بما عليه) أي: على فلان، (فقامت البينة بألف؛ ضمنها) أي: الكفيل تلك الألف. (والإ) أي: إن لم يقم البينة (كان القول للكفيل على ما يعترف به)؛ لأنه منكز للزيادة.

قال صدر الشريعة: ينبغي أن يحلف على العلم بأنه لا يعلم أن أكثر من هذا واجب على الأصيل. (فإن اعترف المكفول عنه بأكثر) مما اعترفه الكفيل (لزمه) أي: ذلك الزائد على المكفول عنه، (دون كفيله)؛ لأن الإقرار حجة قاصرة لا تعدو¹ عن المقر.

(وتجوز) الكفالة (بأمر المكفول عنه وبغير أمره) لإطلاق قوله صلى الله عليه وسلم: «الزعيم غارم»². (ويرجع في الأول إذا أدى) أي: يرجع الكفيل على المدينون بالمال المكفول به فيما إذا كفل بأمره، لا بما أداه، حتى لو كان المكفول به جيذاً، فأداه رديفاً؛ يرجع بالمكفول به؛ لأنه ملكه بالأداء، فينزل³ منزلة الطالب. (دون الثاني) أي: لا يرجع إذا كفل بغير أمره؛ لأنه متبرع فيه. اعلم أن الأمر إذا كان صيباً أو عبداً محجورين لا يرجع الكفيل عليه؛ لأن الأمر بالكفالة استقراض منه، واستقراضهما غير صحيح، والمال إنما لزم الكفيل بالتزامه، فيكون متبرعاً فيه، وأما إذا كانا مأذوناً لهما؛ يرجع الكفيل عليهما؛ لأن أمرهما صحيح وإن لم يملك أن يتكفلاً.

(ولو قال لغير خليط) أي: لمن لم يكن مخالطاً له في الأخذ والإعطاء ولا هو في عياله: (اقض فلاناً ألفاً، ولم يقل: عني، فإدى) المأمور ألفاً، (يحكم له) أي: أبو يوسف للمأمور (بالرجوع) وقالوا: لا يرجع. قيّد بـ«غير خليط»؛ إذ لو كان خليطاً يرجع اتفاقاً؛ لقيام قرينة على أن الدين للآمر. وقيّد بقوله: «اقض»؛ لأنه لو قال: أد؛ لا يرجع اتفاقاً. وقيّد بقوله: «لم يقل: عني»؛ إذ لو قال: عني؛ يرجع اتفاقاً. وقيّدنا بقولنا: «لا هو في عياله»؛ لأنه لو كان في عياله، أو الأمر في عيال المأمور؛ يرجع اتفاقاً. من «الحقائق». له: إن القضاء إنما يكون بدين واجب، والظاهر أن الإنسان إنما يأمر بقضاء دين عليه لا على غيره، فصار كأنه قال: اقض عني.

ولهما: إن قوله: ألفاً يحتمل أن يكون ديناً للمأمور وأن يكون ديناً للآمر؛ لأن الإنسان إذا رأى غيره يماطل في دينه يأمره بالقضاء، فلا يرجع بالشك.

(وليس للكفيل مطالبة الأصيل قبل الأداء عنه)⁴؛ لأن المطالبة يستلزم سبق الملك، وإنما يملك الكفيل بالأداء، بخلاف الوكيل بالشراء حيث يرجع قبل الأداء؛ لأنه نزل منزلة البائع من المشتري في الحقوق، والمطالبة من جملتها. (إلا أن يلازم به) أي: الكفيل بطلب الدين، (فيلازمه) أي: الكفيل المكفول عنه (حتى يخلصه) أي: المال؛ لأن ما لحقه كان لأجله، فله أن يعامله بمثله. (ويبرأ الكفيل ببراءة الأصيل) أي⁵: إذا أبرأه الطالب، (وبالاستيفاء منه)؛ لأن الدين إذا سقط سقط مطالبته. (ولا يبرأ الأصيل ببراءة الكفيل)؛ لأن الكفيل ليس بمديون، وإنما عليه المطالبة، وسقوطها لا يسقط الدين. (وإن أضر) الدين (عن الأصيل تأخر عن الكفيل)؛ لأن المطالبة تبع للدين، فيتأخر بتأخره. (لا بالعكس) أي: لا يتأخر عن الأصيل بتأخره عن الكفيل؛ لأن الأصيل لا يتبع الفرع في الوصف. هذا إذا أضره الطالب، وأما إذا تكفل بالمال الحالّ مؤجلاً إلى شهر مثلاً؛ يتأجل عن الأصيل أيضاً؛ لأنه لا مطالبة على الكفيل حال وجود الكفالة، فانصرف الأجل إلى الدين. كذا في «التبيين».

¹ د: يعدو.

² سنن ابن ماجه، الصدقات 9؛ مسند أحمد بن حنبل، 267/5.

³ د: فنزل.

⁴ د - عنه.

⁵ د - أي.

(ولو قال الطالب لكفيلٍ ضمّن له بأمر الأصيل: برئت إليّ رجع) الكفيلُ على الأصيل (بالمال) أي: بالمال المكفول به؛ لأن قوله: «إليّ» يدلُّ على البراءة المنتهية إلى الطالب المبتدأ من المطلوب، وهذه البراءة لا تتحقّق¹ إلا بالإيفاء، فيكون ذلك إقراراً منه² بالأداء. (أو أبرأتك) يعني: لو قال الطالب للكفيل المذكور: أبرأتك (لم يرجع) الكفيلُ على الأصيل بشيءٍ؛ لأن هذا يكون إسقاطاً، لا إقراراً بالأداء. (أو برئت) أي: لو قال: برئت، ولم يقل: إليّ؛ (يلحقه) أبو يوسف (بالأول) أي: بقوله: برئت إليّ، فيرجع؛ لأنّه نسب البراءة إلى المطلوب، وذلك إنّما يكون بالأداء. (لا بالتأني) أي: قال محمد: هو ملحقٌ بقوله: أبرأتك؛ لأن براءة الكفيل يحتمل أن تكون بأدائه وأن يكون بإبراء الطالب³، فلا يرجع بالشك. هذا إذا كان الطالب غائباً، وإن كان حاضراً؛ يرجع في بيان مراده اتّفاقاً.

(ولو أبرأ) أي: الدائن الكفيل⁴ (الميت) عن دينه، (فردّه وارثه؛ يحكم) أبو يوسف (بأنه) أي: بأن إبرائه (يرتد)؛ لأن ردّ وارثه كرده. (وخالفه) أي: قال محمد: لا يرتد؛ لأن الدين على الميت لا على الوارث، فلا يعتبر ردّه. وإنّما أورده في هذا الكتاب؛ لأن الدين لَمَّا كان باقياً صحَّ الكفالة به⁵.

(ولو كفل عبداً) مأذونٌ غير مديونٍ (عن مولاه بإذنه، فعقق، فأدّى) المالَ المكفولَ به (منعناه من الرجوع به) على مولاه. وقال زفر: يرجع.

قيّد بإذن المولى؛ لأنّه لو لم يكن بإذنه لا يرجع اتّفاقاً.
وقيّد بكون أدائه بعد عتقه؛ إذ لو كان قبله لا يرجع اتّفاقاً.
له: إنَّ المانع عن رجوعه قبل العتق كان الرق، وقد زال، فيرجع.
ولنا: إنّ الكفالة حال انعقادها لم تكن موجبة للرجوع، فلا تنقلب⁶ موجبة، كمن كفّل عن غيره بغير أمره، ثم أجازته؛ لا يملك الرجوع.

(ولو ادّعى) على رجلٍ (أنه كفّل له عن فلانٍ بأمره بكذا) من المال، (فأنكر) المدّعى عليه، (فبرهن) أي: أقام المدّعي بينةً، (فأدّى) ما كفّل بالزام القاضي، (حكمنّا له بالرجوع) على الأصيل. وقال زفر: لا يرجع؛ لأنّه إذا رجع يكون مدّعيّاً بالكفالة، وقد جحدّها أوّلاً، فيتناقض.
ولنا: إنّّه صار مكذباً شرعاً بقضاء القاضي، فصار جحوده كعدمه.

(ولو تعجّل) الدين (المؤجّل) على الأصيل (بموت الكفيل، فأدّى وارثه) من تركته؛ (حكمنّا له بالرجوع) على الأصيل (وقت) حلول (الأجل، لا للحال) أي: قال زفر: يرجع عليه في الحال.

قيّد بموت الكفيل؛ لأنّه لو مات المطلوب قبل الأجل؛ حلَّ الأجل عليه لا على الكفيل اتّفاقاً.
له: إنّ الأجل لَمَّا سقط بموت الكفيل صار الدين حالاً، فيرجع كما لو أدّى مورثه.
ولنا: إنّ الدين حلَّ في حقِّ الكفيل؛ لانتقاله من الذمّة إلى التركة، وهي عينٌ، وأمّا في حق الأصيل؛ فالدين كما كان، ولم ينتقل إلى العين، فلا يسقط حقه في الأجل بغير رضاه.

(ولا تصحُّ الكفالة إلا بقبول المكفول له في مجلس العقد) وإن كان غائباً، فقيل عنه فضوليّ؛ يصحُّ ويتوقّف على إجازته، لكن للكفيل أن يخرج عن الكفالة قبل إجازته.

قيّد بالمكفول له؛ لأن بغيبه المكفول⁷ به أو المكفول عنه يصحُّ اتّفاقاً، من «الحقائق».

1 د: يتحقق.

2 د: له عنه.

3 د: للطالب.

4 ح - الكفيل.

5 د - وإنما أورده في هذا الكتاب؛ لأن الدين لما كان باقياً صحَّ الكفالة به.

6 ح: ينقلب.

7 د: غيبة.

(إلا في قول المريض لوارثه: تكفل عني بما علي) من الدين، (فتكفل به مع غيبة الغريم) فإنها جائزة بلا قبوله؛ لأن هذه وصيةً منه لورثته بقضاء دينه، ولهذا قالوا: لا يصح هذه إذا لم يخلف مالا، والجهالة لا تمنع¹ صحة الوصية. قيّد بالوارث؛ لأنه لو قال لأجنبي لا يصح؛ لأنه غير مطالب بدينه، فكان المريض في حقه كالصحيح. وقيل: يصح؛ لأن المريض قصد به النظر لنفسه، والأجنبي إذا قضى الدين بأمره يرجع به في تركته. (ويجيزها) أبو يوسف (مطلقاً) أي: قبله المكفول له أو لا؛ لأن الكفالة التزام مطالية، وله ولاية على نفسه، فيصح كالإقرار. وقيل: يشترط القبول عنده، لكن لا يشترط المجلس.

ولهما: إن في الكفالة معنى تملك المطالبة للمكفول له، فشطر عقد تملك لا يتوقف على ما وراء المجلس. (وهي) أي: الكفالة (عن الميت المفلس باطلة) عند أبي حنيفة. وقالوا: يصح؛ لأن الدين باق على الميت، ولهذا يطالب به في الآخرة، فتصح² الكفالة به، كما لو تبرع إنساناً، فأدى دينه؛ صح. وله: إن الموت يخرب الذمة، ويسقط³ عنها أحكام الدنيا من العبادات والمعاملات، فإن ترك مالا ينتقل إلى تركته، وإلا يسقط، فلا تجوز الكفالة بالدين الساقط، بخلاف التبرع؛ لأنه لا يعتمد قيام الدين. وفي «القنية»: كفل عن ميت مفلس، ثم ظهر له مال؛ صحّت الكفالة بقدره. (ولا يصح من المأذون المديون عن مولاه بإذنه)؛ لأن في صحة كفالته بالمال إضراراً للغرماء، لكن الالتزام منه صحيح في حق نفسه، حتى إذا أعتق كان مطالباً.

قيّد بالمديون؛ لأنه لو لم يكن مديوناً، فكفل بإذنه؛ يجوز. وقيد⁴ بإذن المولى؛ لأنه لو كفل بإذن الغرماء يجوز. وقوله: «عن مولاه» قيد اتفاقاً؛ إذ لو كفل عن غيره؛ فالحكم كذا. (فإن أعتقه) أي: المولى مأذونه المديون الكفيل عن مولاه بإذنه (في المرض) أي: في مرض موته، (ومات) سعى العبد للغرماء اتفاقاً، (ثم إذا أعتق؛ فالكفالة نافذة) عند أبي حنيفة، يعني: العبد ما دام يسعى كالمكاتب عنده، فلا تنفذ تلك الكفالة، فإذا أدى عتق، فنفذت عند العتق. (وأنفذاها عند عتق المولى)؛ لأنه حرّ مديون عندهما، سيقرر ذلك في باب العتق إن شاء الله تعالى.

وهذا بناءً على أن المستسعى كالمكاتب عنده، وكفالة المكاتب لا تصح⁵ ما لم يعتق، وعندهما: تصح، فنفذت كفالته حين أعتقه مولاه.

قيّد بالإعتاق؛ لأنه لو لم يعتقه لا تنفذ اتفاقاً. وقيد الإعتاق بمرض الموت؛ لأنه لو أعتقه في الصحة لا تجب السعاية، والكفالة جائزة اتفاقاً، فيضمن المولى أقل من قيمته ومن الدين. كذا في «المصنف».

(وتصح الكفالة بالثمن لا بالمبيع)؛ لأنه عين⁶ غير مضمون. (وتصح⁷ بالأعيان المضمونة بنفسها، كالمقبوض على سوم الشرى، وببيع⁸ فاسد) أي: وكالمقبوض ببيع فاسد، (وكالمغصوب) فإن الكفالة بهذه الأشياء صحيحة يلزم الكفيل رد عينها حال بقائها، ودفع قيمتها بعد هلاكها. (لا بغيرها) أي: لا تصح⁹ الكفالة بالأعيان المضمونة بغيرها (كالمبيع والمرهون) في يد البائع والمرتهن، فإن الكفالة بعينها غير جائزة؛ لأنها لا تثبت في

1 ح: يمنع.

2 د: فيصح.

3 د: وتسقط.

4 د: قيد.

5 د: يصح.

6 د: عن.

7 د: ويصح.

8 ح: أو يبيع.

9 د: يصح.

الذمة، وأما الكفالة بتسليمها؛ فجائزة يطالب الكفيل به ما بقي المبيع والمهون. (ولا بالأمانات) كالودائع والمستأجر والمستعار وأمثالها؛ لأنها غير مضمونة، والكفالة عقد ضمان.

وفي «التحفة»: الكفالة بأمانة غير واجبة التسليم كالوديعة ومال المضاربة والشركة لا تصح¹ أصلاً، والكفالة بأمانة واجبة التسليم كالعارية جائزة، وعلى الكفيل تسليمها، فإن هلك لا يجب شيء².

(وهي عما) أي: الكفالة عن المتاع الذي (في يد الأجير المشترك باطلة) عند أبي حنيفة؛ لأن الأجير أمين عنده. وقالوا: جائزة؛ لأنه ضامن عندهما، سبق بيانه في باب الإجارة.

(ولا تصح بالحمل على دابة مستأجرة بعينها)؛ لأنها لو هلكت يعجز³ الكفيل عن الحمل عليها. (وتصح بغير عينها)؛ لأن الحمل على أي دابة كانت مقدور للكفيل.

(ولا تصح بمال الكتابة)؛ لأنه دين على المكاتب، بحيث لو عجز يسقط عنه، ولا يمكن إثباته على الكفيل كذلك، ولا يمكن إثباته مطلقاً؛ لأنه ينافي معنى الضم؛ إذ من شرطه الاتحاد، وكذا لا تصح بمال السعاية عنده، وتصح عندهما.

(وإذا كان دين على اثنين، فتكافلا) أي: كفل كل منهما صاحبه، (وأدى أحدهما زيادة على النصف؛ رجع بالزيادة) على صاحبه؛ لأن كلاهما في النصف أصيل، وفي النصف كفيل، فما يؤديه أولاً يقع عن النصف بالأصالة، فإذا زاد على النصف⁴ يقع عن الكفالة.

(ولو تكفلا عن ثالث) أي: عن رجل آخر بألف مثلاً، (وكل منهما كفيل عن صاحبه) أي: كفل كل منهما جميع الألف عن الكفيل الآخر، والكفالة من الكفيل صحيحة كما يصح عن⁵ الأصيل، (رجع كل من الكفيلين (بنصف ما يؤديه على الآخر مطلقاً) أي: سواء زاد على النصف أو لا؛ لأن أحدهما إذا أدى شيئاً وقع ذلك شائعاً عنهما لاستوائهما؛ إذ كل منهما كفيل عن صاحبه بكل الألف، فلا رجحان لأحدهما على الآخر، بخلاف ما سبق؛ لأن هناك كان النصف بجهة الأصالة، والنصف الآخر بجهة الكفالة، وما أدى أحدهما كان مصروفاً إلى النصف الأصيل؛ لكونه أقوى، ثم يرجع الكفيلان على الأصيل؛ لأنهما أديا عنه دينه: أحدهما بنفسه والآخر نيابة⁶، وإن شاء رجع المؤدي إلى الأصيل بكل ما أدى؛ لأنه كفل بكل المال عنه بأمره.

(كتاب الحوالة)

وهي اسم بمعنى الإحالة، وهي النقل. وفي الشرع: نقل الدين من ذمة إلى ذمة، وهي مشروعة؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «من أحيل على مليء. أي: غني. فليتبغ»⁷، والأمر بالإتباع دليل الجواز.

(وتصح الحوالة بالدين دون العين)؛ لأن الحوالة نقل من الذمة، وهو نقل حكيم، فلا يُصوّر⁸ في العين؛ لأن نقله حسي. (برضا المحيل) وهو المديون؛ لأنه تؤخذ⁹ منه الحوالة، لكن ذكر في «الزيادات»: رضا المحيل ليس بشرط لصحة الحوالة؛ لأن المحال عليه يتصرف في نفسه بالتزام الدين، وفيه نفع له، كما أن الكفالة تصح بدون رضا المكفول عنه، إلا أنه¹⁰ يشترط رضاه للرجوع عليه، ولا يرجع عليه إذا لم يكن بأمره.

(والمحتال) ويقال له: المحال، وهو الدائن؛ لأن الدين حقه، فلا بُد من رضاه في انتقاله؛ لتفاوت الناس في الذمم.

(والمحتال عليه) وهو الذي يقبل الحوالة، إنما شرط رضاه؛ لأن الناس متفاوتون في الطلب.

(وإذا تمت الحوالة (حكماً ببراءة المحيل) من الدين، حتى لو مات المحيل لا يأخذ المحتال من تركته.

1 د: يصح.

2 ح - شيء.

3 د: تعجز.

4 د - على النصف.

5 د: تصح من.

6 د: بنائية.

7 مصنف ابن أبي شيبة، 443/11؛ مسند أحمد بن حنبل، 463/2؛ المعجم الأوسط للطبراني، 262/8.

8 د: تصور.

9 ح: يؤخذ.

10 د: أن.

فإن قيل: لو برىءَ لَمَا أُجبرَ المحتالُ على القبولِ إذا قضى المحيلُ الدينَ، كما لو قضاه الأجنبيُّ لا يُجبرُ.

قلنا: المحيلُ غيرُ متبرِّعٍ؛ لاحتمالِ عودِ المطالبةِ بالتوي، فلم يكن كالأجنبيِّ المتبرِّعِ.

وقال زفر: لا يبرأُ اعتبارًا بالكفالة؛ لأنَّ كلاً منهما عقدٌ مشروعٌ للتوثق.

ولنا: إنَّ الأحكامَ الشرعيَّةَ تثبت¹ على وفق² المعاني اللغويَّة، فمعنى الحوالة: وهو النقلُ. إنَّما يتحقَّقُ بفرارِ ذمَّةِ الأصيل، ومعنى

الكفالة: وهو الضمُّ. يقتضي ثبوتَ ذمَّةِ الأصيل، ومعنى التوثقُ في الحوالة: اختيارُ من هو أحسن من المحيل في القضاء.

(فلو أبرأه) أي: المحيل عن الدين (المحتالُ يبطئه) أي: أبو يوسف الإبراء؛ لأنَّ المحيلَ ليس بمدْيونٍ؛ لانتقال الدين من ذمَّته

إلى³ المحال عليه. (وأجازته) محمدٌ؛ لأنَّ الدينَ باقٍ في ذمَّةِ المحيلِ عنده، وإنَّما انتقلت عنه المطالبةُ كما ذهب إليه زفر.

(ونثبت الرجوع) أي: رجوعَ المحتال على المحيل (بالتوي) أي: بهلاكِ حقِّ المحال. وقال الشافعيُّ: لا يرجعُ؛ لأنَّ ذمَّةَ

المحيلِ برئت بالحوالة، فلا يعود الدينُ إليها إلا بسببٍ جديدٍ.

ولنا: قوله صلى الله عليه وسلم «إذا مات المحتالُ عليه مفلساً عاد الدينُ»⁴، وفي الجحود مع الحلف تفسخُ ويعاد عند بعض

مشايخنا، وعند بعضهم: لا يعود الدينُ بنفسه. من «الحقائق».

(وهو) أي: التوي يثبت عند أبي حنيفة بأحد هذين الأمرين لا غير (بأن يجحدها) أي: بأن ينكر المحال عليه الحوالة،

(ويحلف، ولا بينة) للمحيل ولا للمحتال على ثبوتها، (أو بموت⁵) المحال عليه (مفلساً) هذا إذا ثبت موته مفلساً بتصادقهما، فإن

اختلفا فيه، فقال المحتال: مات مفلساً، وأنكر الآخرُ؛ فالقولُ للمحتال؛ لأنَّ العسرةَ هو الأصلُ. (وقالاً): يثبت التوي بهما (وبالحكم

به) أي: بحكم⁶ الحاكم بإفلاسه (في حياته)؛ لأنَّ المحتالَ يعجزُ عن أخذِ حقِّه منه حينئذٍ كما يعجز عند موته مفلساً.

وهذا الخلافُ مبنيٌّ على الخلاف في أنَّ الإفلاسَ لا يتحقَّقُ بتفليس الحاكم عنده، ويتحقَّقُ عندهما.

(وإذا مات المحيلُ مديوناً قبل أداءِ المحال عليه) ما التزمه (قسمنا) المالَ (المحالُ به بين الغرماء) أي: غرماء المحيل على

قدر حصصهم، (ولم ينفرد به المحتال⁷) وقال زفر: المحالُ أحقُّ به؛ لأنَّ الدينَ صار له بالحوالة كالرهن.

ولنا: إنَّ الحوالةَ تملكُ الدينَ من غير من عليه الدينُ، فلا يملكه المحالُ قبل القبض، فيبقى الدينُ ملكاً للمحيل، فيستوي فيه

الغرماءُ، بخلاف الرهن؛ لأنَّ المرتهنَ صار مستوفياً دينه منه عند القبض.

(ولو أحوال البائع غريماً له على المشتري بالثمن، ثم ردَّ المبيع بعيب) على بائعه بعد القبض أو قبله، بقضاءٍ أو غيره، أو

تقايلاً العقد، أو هلك المبيع قبل القبض، (حكمتنا ببقائها) وللغريم أن يطلب المالَ المحالَ به عن المشتري. وقال زفر: بطل الحوالة،

وليس له ذلك؛ لأنَّ الحوالةَ كانت مقبَّدةً بالثمن، وقد بطل الثمنُ، فتبطل⁸ الحوالةُ، كما لو استحقَّ⁹ المبيعُ.

ولنا: إنَّ الثمنَ كان واجباً، ثم سقط بانفساخ البيع، فيختصُّ ذلك بالمعاقدين، فلا يظهر ذلك في حق الغريم المحال، بخلاف

الاستحقاق؛ لأنَّه ظهر به أنَّ الثمنَ لم يكن ثابتاً.

(وإذا طالب المحال عليه المحيل) بمثل ما أحوال به، (فقال) المحيلُ: (إنَّما أحلت بدين لي عليك) ولا رجوع لك عليّ،

(لم يقبل) قولُ المحيل؛ لأنَّ سببَ الرجوع. وهو قضاء دينه بأمره. متحقَّقٌ بإقرار المحيل، فيرجعُ عليه بمثله، وإقرار المحال عليه بالحوالة

لا يستلزم الإقرار بالدين لوجودها بدونه، ثم المدَّعي يدَّعي ديناً على المحال عليه، وهو منكرٌ، فالقولُ للمنكر.

1 ح: يثبت.

2 د: وقف.

3 د - إلى.

4 لم أجده إلا في مجمع الأنهر لشيخه زاده، 148/2.

5 د: لموت.

6 د: يحكم.

7 د: المحال.

8 ح: فيبطل.

9 د: اسحق.

(أو المحيل) أي: إذا طالب المحيل (المحتال بمال الحوالة) بأن قال: إنَّما أخلتكَ لتقبضَ لي، فأعطني ما أخذته، (فقال) المحتال: (بل أخلتني بدينٍ لي عليك؛ لم يقبل) قولُ المحتال بلا بينة؛ لأنَّه يدَّعي على المحيل الدينَ، وهو ينكُرُ، والقولُ قولُ المنكر، ولا يكون إقرارُ المحيل بالحوالة إقرارًا منه بأنَّ عليه دينًا للمحتال؛ لأنَّ لفظَ الحوالة يُستعملُ في الوكالة، فلم يكن الدينُ من ضروراتها. (ويكرهُ قرضٌ يُستفادُ به أمنُ الطريق) ويقال له: السَّفَاح، صورته: أن يقرضَ ماله خوفًا من ضياعه في الطريق ليردَّ عليه المستقرضُ في موضع الأمان. وإنَّما كرهه؛ لما روي أنَّه صلى الله عليه وسلم نهى عن قرضٍ جرَّ نفعًا¹. وقيل: إذا لم تكن² المنفعة مشروطة؛ فلا بأس به.

إنَّما أورده في الحوالة؛ لأنَّه أحالَ الخطرَ المتوقَّع على المستقرض، فيكون في معنى الحوالة.

(كتاب الصلح)

وهو في اللغة: اسمُ المصالحة، والمسالمةُ خلافُ المخاصمة. وفي الشريعة: عقدٌ يرفعُ النزاعَ. ثبت جوازه بقوله تعالى: ﴿وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾ [النساء، 128/4].

(ويجوز مع الإقرار، ونجيزه مع السكوت) أي: سكوت المدَّعي عليه بأن لا يقرَّ ولا ينكُرُ (والإنكار) وقال الشافعي: لا يجوز معهما؛ لأنَّ المدَّعي عليه إذا لم يقرَّ؛ فما يدفعه يكون لقطع الخصومة، وهذا رشوة، فلا يجوز.

ولنا: إطلاقُ قوله تعالى: ﴿وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾ [النساء، 128/4]، وبدل الصلح فيهما بعضُ حقِّه في زعم المدَّعي، وافتداء اليمين في زعم المدَّعي عليه، وكلُّ ذلك جائز، فليس برشوة، ولئن كان رشوةً فدفعها لدفع الظلم جائز، ولهذا قالوا: لو دفع الوصيُّ إلى السلطان شيئًا من مال اليتيم لدفع ظلمه، وكان لا يقدرُ على دفعه إلا بدفع المال؛ لا يضمَّن. ذكره في «الفضول»⁴.

(فإن وقع) الصلح (عن إقرارٍ بمالٍ عن مالٍ؛ اعتبر بالبيع) لوجود معنى البيع فيه، وهو مبادلةُ المال بالمال بتراض المصالحين، فيتربُّتُ على ذلك ما يترتَّبُ على البيع من الخيار والشُّفعة في العقار وغيرهما.

اعلم أنَّ هذا إذا وقع الصلح على خلاف جنس المدَّعي، وإن وقع على جنسه، فإن كان بأقلِّ من المدَّعي؛ فهو حطٌّ وإبراء، وإن كان بأكثر منه؛ فهو ربًا.

(أو عن مالٍ) أي: إن وقع الصلح عن إقرارٍ بمالٍ (بمنافع) أو عن منافع بمالٍ، كما إذا ادَّعى سكنى دارٍ سنةً وصبيَّةً من مالها، فأقرَّ به وارثه، فصالحه على مالٍ، (فبالإجارة) أي: اعتبر بالإجارة؛ لأنَّ العبرة للمعاني، فشرط⁵ فيه العلمُ بالمدَّة، ويبطل الصلح بموت أحدهما في المدَّة؛ لأنَّه إجارةٌ معنيَّة، ويرجع المدَّعي في دعواه بقدر ما يستوفى من المنفعة. كذا في «النهاية».

(وإن استحقَّ فيه) أي: في الصلح عن إقرارٍ (بعضُ المصالح عنه؛ ردَّ المدَّعي (حصته من العوض، وإن استحقَّ الجميع) أي: جميعُ المصالح عنه، (فالجميع) أي: فبرُدَّ جميعُ العوض. (أو كلُّ المصالح عليه) أي: إن استحقَّ كلُّ العوض (رجع) المدَّعي على المدَّعي عليه (بكلِّ المصالح عنه، أو بعضه) أي: إن استحقَّ بعضُ العوض (فببعضه) أي: فيرجعُ ببعضُ المصالح عنه؛ لأنَّ حكم الاستحقاق في البيع يكون كذا، وهو أخذُ حكمه لكونه في معناه. هذا إذا لم يكن التشقيصُ فيه عيبًا، وإن كان عيبًا؛ فله الخيار.

(وإن وقع عن سكوتٍ أو إنكارٍ؛ كان معاوضةً في حقِّ المدَّعي)؛ لأنَّ في زعمه أنَّه أخذَ عوضًا عن ماله، (ولا فتداء اليمين، وقطع الخصومة في حقِّ المدَّعي عليه)؛ لأنَّ في زعمه أنَّ المدَّعي كاذبٌ في دعواه، وإنَّما يدفعه المالُ لئلا يحلفَ. هذا في الإنكار ظاهرٌ، وأما في السكوت؛ فالأصلُّ جهةُ الإنكار راجحةٌ؛ إذ الأصلُّ فراغُ الذم، فلا يثبتُ كونه عوضًا بالشكِّ، ويجوز أن يكون لشيءٍ واحدٍ حكمان مختلفان باعتبار شخصين، كالنكاح موجب الحلِّ في المتناكحين، والحرمة في أصولهما.

¹ لم أجده مرفوعًا إلا في مسند الحارث، رقم 431. وقد روي موقوفًا عن فضالة بن عبيد، انظر: السنن الكبرى للبيهقي، 350/5. وروي أيضًا من قول ابن سيرين وقادة، انظر: مصنف عبد الرزاق، 145/8.

² ح: يكن.

³ د: ترفع.

⁴ د: الفضول.

⁵ د: فيشترط.

(فإن صالح عن دارٍ؛ لم تجب فيها شفعةً) يعني: إذا ادعى على رجلٍ داره، فصالح¹ عنها بدفع شيءٍ؛ لم تجب فيها الشفعة؛ لأنه يدعى أنها داره كما كانت، وأن المدفوع إلى المدعى ليس بعوضٍ عنها، وإنما هو لافتداء اليمين. (أو صالح عليها وجبت) يعني: لو ادعى على رجلٍ شيئاً، فصالح عنه على دارٍ، فدفعها إلى المدعى؛ وجبت فيها الشفعة؛ لأن المدعى يدعى أنه يأخذها عوضاً عما ادعى، وكان معاوضةً على زعمه، فتجب فيها الشفعة؛ لأن كل إنسانٍ يؤخذ برعمه.

(وإن استحقَّ فيه) أي: في الصلح عن إنكار (المصالح عليه؛ رجع) المدعى (إلى الدعوى في كله) أي: في كلِّ المصالح عنه، (أو بعضه) أي: إن استحقَّ بعضُ المصالح عليه؛ (ففي بعضه) أي: فهو يرجع في² بعض المصالح عنه؛ لأنه ترك دعواه ليسلم له³ البدل، فإذا لم يسلم رجع بالمبدل، وهو الدعوى. (أو المصالح عنه) أي: إن استحقَّ كلُّ المصالح عنه، وهو المدعى (رد) المدعى (العوض)؛ لأن المدعى عليه إنما بذله ليقبض المدعى في يده من غير خصومةٍ، فإذا استحقَّ؛ لم يحصل مقصوده، فيسترده. (ورجع بالخصومة) مع المستحقِّ؛ لأنه قام مقام المدعى عليه حين أخذ منه المدعى. (أو بعضه) أي: إن استحقَّ بعضُ المصالح عنه (رد حصته) أي: حصّة ذلك البعض، (ورجع بالخصومة فيه).

(ويجوز) الصلح (عن) حيّ (مجهول)؛ لأنه إسقاط، فلا يقع فيه منازعة.

(ولا يصحُّ إلا على معلوم) بالإشارة، أو ببيان القدر والوصف إذا كان في الذمة. هذا إذا كان بدل الصلح محتاجاً إلى القبض؛ لأنه تملك، فيفرضي إلى المنازعة إذا كان مجهولاً، أمّا إذا لم يكن محتاجاً إلى القبض، كمن ادعى حقاً في دارٍ، وادعى المدعى عليه حقاً في خانوته⁴، فتصالحا على أن يقطع كلٌّ منهما دعواه عن صاحبه؛ صحَّ وإن لم يكن مقدار حيّ كلٍّ منهما معلوماً. وفي «الفتاوى الصغرى»: إذا كان له على آخر ألف درهم، فأعطاه دراهم مجهولة الوزن على وجه الصلح؛ يجوز، ويحمل على أنه أقلُّ، ولو أعطاه على وجه القضاء؛ لا يجوز الأداء.

(فلو استحقَّ بعضُ دارٍ صلح عن بعضها مجهولاً) يعني: إذا ادعى حقاً في دارٍ، ولم يبيئه⁵، فصولح من ذلك الحق على شيءٍ معلوم، ثم استحقَّ بعضُ تلك الدار؛ (لم يرد شيئاً من العوض)؛ لأن دعواه يجوز أن يكون في البعض الباقي.

قيد ببعض دارٍ؛ لأنه لو استحقَّ كلها؛ يرد كلَّ العوض؛ لخلوه عن شيءٍ مقابله.

(ولو ادعى داراً، فصولح على بعض منها معلوم) مقداره؛ (جاز إن أبراه عن دعواه في الباقي) أو زاد في بدل الصلح درهماً؛ ليكون عوضاً عن حقه في الباقي.

قيد بقوله: «داراً»؛ لأنه لو ادعى ديناً، فصالحه على بعضه؛ جاز صلحُه، وبطل دعواه.

وقيد بقوله: «بعض منها»؛ لأنه لو صالحه على شيءٍ آخر؛ لا يُسمع دعواه.

وقيد بالإبراء؛ لأنه لو لم يبرئه؛ لم يجز صلحُه؛ لأن المصالح عليه عين حيّ المدعى، وهو مقيم على دعواه في الباقي.

وقيد بالإبراء عن دعواه؛ لأن الإبراء عن الأعيان غير صحيح. كذا في «المبسوط».

(أو شاة) أي: لو ادعى شاةً، (فصولح على صوفها بجزء) أي: بقطعه (للحال؛ يجيزه) أبو يوسف. (ومنعه) محمد، (والمنع

رواية) عن أبي حنيفة.

قيد بالصوف؛ لأنه لو صالح على لبنها أو ولدها؛ لا يجوز اتِّفاقاً.

وقيد بقوله: «على صوفها»؛ لأنه لو صالح على صوف شاةٍ أخرى لا يجوز اتِّفاقاً.

وفي «الحقائق»: جوازُه مشروطٌ بأن شرط أن يجزّه من ساعته؛ لأن ما جاز بيعُه جاز الصلح عليه، وإنما يجوز بيع الصوف على ظهر الغنم إذا شرط أن يجزّه من ساعته. لو صالحه على صوفٍ ظهر شاةٍ أخرى ينبغي أن يجوز عند أبي يوسف، ولا رواية⁶.

لهما: إنَّ صلح على بعض المدعى، فلا يجوز، كما لو صالح على لبنها.

¹ د: وصالح

² د - في.

³ د - له.

⁴ د: خانوته.

⁵ د: بينه.

⁶ ح - لو صالحه على صوف.

وله: إنَّه¹ صالح على بعض حقه، وهو معلومٌ ظاهرٌ، وترك الباقي، فيجوز، بخلاف اللبن والولد؛ لأنَّهما باطنان غيرُ معلومين، وبخلاف صوفٍ شاةٍ أخرى؛ لأنَّه ليس بعض حقه.

(ولا يجوز تعليق الصلح) كأن قال: إذا جاء فلانٌ فقد صالحتكَ على كذا، (ولا إضافته) كأن قال: صالحتكَ على كذا غداً؛ لأن فيه معنى التملك، فلا يجوز تعليقه ولا إضافته.

(ولو قال) مصالح لمسلم: (أنت الحكم بيننا غداً، أو إن أسلمت) أي: لو قال لذيبي: إن أسلمت فأنت الحكم بيننا، فجاء الغد، أو أسلم الذمي؛ (يمنعه) أبو يوسف، ولا يجعله حكماً. (وأجازه) محمد، فجعله حكماً؛ لأن هذا نوعٌ تفويض، فيصح تعليقه كالتركيب وتقليد القضاء. وأبي يوسف: إنَّ التحكيم من باب المصالحة؛ إذ الصلح يحصل به، فلا يجوز تعليقه، بخلاف التوكيل وتولية القضاء؛ لأنَّهما ليسا من المصالحة.

وفي «الخلاصة»: الفتوى على قول أبي يوسف.

(ويجوز) الصلح (من دعوى مالٍ ومنفعةٍ) بمالٍ ومنفعةٍ؛ لما سبق من أنَّ الصلح عن المال بالمال أو بالمنفعة في معنى البيع والإجارة، لكنَّ الصلح عن المنفعة على المنفعة إنَّما يجوز إذا كانا مختلفي الجنس، بأن يصلح عن السكنى على خدمة العبد، وأمَّا إذا اتَّحد جنسهما؛ فلا يجوز، كما لا يجوز استتجاز المنفعة بجنسها من المنفعة.

(وجناية عمد) لقوله تعالى: ﴿فَمَنْ عَفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتِّبَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة، 178/2]، يعني: من بدل له من دم أخيه المقتول مالاً؛ فليتبع المطلوب بما صالحه، وليؤدِّ إلى غير العافي حقه وأقرباً غير ناقص. كذا نُقل عن ابن عباس رضي الله عنهما. (وخطأ في النفس)؛ لأن موجبها المال، والصلح عنه كالصلح عن سائر الديون، إلا أنَّه لا يجوز بالزائد على قدر الدية، وفي العمد يجوز؛ لأن القصاص ليس بمال. ولو فسد التسمية في الخطأ، بأن صالح على خمرة؛ وجب الدية، وإن فسد في العمد؛ يسقط القصاص، ولا يجب شيء؛ لأن إقدامه على الصلح يتضمَّن الإبراء عنه.

(وما دونها) يعني: يجوز الصلح من الجناية فيما دون النفس، ثم إن كانت عمداً؛ يلحق بالعمد في النفس، وإن كانت خطأ؛ فبالخطأ فيها، وهذا الحكم لا يختلف في هذه الأشياء بين أن يكون عن إقرار، أو إقرار، أو سكوت.

(لا حد) أي: لا يجوز الصلح عن دعوى حدٍّ أي حدٍّ كان؛ لأن الحدود حقُّ الله، والاعتياض عن حدٍّ الغير لا يجوز، وفي حدِّ القذف جهةُ الشرع غالبٌ.

(ولو صالح من دم عمدٍ على هذين العبدين، فإذا أحدهما حرٌّ؛ فله العبد لا غير) عند أبي حنيفة؛ لأنَّه سئى ما يصلح بدلاً وما لا يصلح، فلغا ما لا² يصلح، (ويضيف إليه) أي: أبو يوسف إلى العبد (قيمة الحر لو كان عبداً)؛ لأنَّه سئى المال، وعجز عن تسليمه، فتجب قيمته، وبالإشارة إليه يعرف حصته، كما لو قال: وعبد هذا صفته. (وأضاف تمام الدية نقداً³) يعني: أوجب محمداً العبد والزائد عليه إلى تمام الدية؛ لأنَّه إنَّما رضي بالصلح ليس له ما سواه، ولا يمكن تسليم الزائد على العبد؛ لأنَّه مجهول، فيصار إلى الدية لكونها معلومةً.

(ولو عفا أو صالح عن شجرةٍ أو جراحةٍ، فمات) من الشجرة، (فالدية واجبة) عند أبي حنيفة، والصلح والعفو باطلان، وعليه القصاص في القياس، وفي الاستحسان عليه الدية في ماله، وإن كان خطأ؛ فالدية على عاقلة (في مال الجاني) وقالوا: لا يجب شيء؛ لأن العفو عن شجرةٍ عفوٌّ عن موجبها، والسراية من موجبها، فيكون مغفواً، كما لو قال: عفوت عنها وعمما يحدث منها.

وله: إنَّه عفا عن الشجرة، فلا يكون هذا عفوًّا عن النفس؛ لأن الشجرة غيرُها، لكن سقط القصاص بشبهة العفو، فيجب الدية، بخلاف ما قاسا عليه؛ لأن لفظاً ما يحدث⁴ متناولٌ للموت.

وإنَّما وضع في السراية؛ إذ لو برئ بحيث بقي له أثر؛ فالصلح ماضٍ، وإن لم يبق له أثر؛ بطل الصلح اتفاقاً، ولو كان صالحه من ذلك وما يحدث عنه؛ فالصلح ماضٍ، مات من ذلك أو برئ.

1 د: إن.

2 د: لا.

3 د: نقداً.

4 د: ما يحدث.

فإن قلت: كان ينبغي أن ينتقض بعض الصلح؛ لأن الصلح عن القائم والحادث، وقد سلم للجراح أحدهما، ولم يسلم الآخر. قلت: تأويله: أن يبرأ وقد بقي منها أثر؛ لوجود القائم والحادث منها جميعاً. من «الحقائقي»¹.

(ولو قتل مدبر حرّاً خطأً، فصالح مولاه وليّ القتل على عبد) بعينه (بغير قضاء) القاضي، ودفعه إليه، (أو على قيمته بغير قضاء في الأصح، ثم قتل) ذلك المدبر حرّاً (آخر، فولّي) القتل، (الثاني مخيّر) عند أبي حنيفة (إن شاء رجع على وليّ القتل (الأول بالنصف) أي: بنصف ما صالح عليه، (كما قال) أي: صاحبه بلا تخيير، (وإن شاء) رجع (على المولى بنصف القيمة) أي: قيمة المدبر (ليرجع هو) أي: المولى (على الولي) أي: وليّ القتل الأول.

قيّد بالمدبر؛ لأنّه إذا كان قنّاً، ودفعه إلى وليّ الجناية الأولى؛ فولّي الثانية يشارك الولي² الأول اتفاقاً. وقيّد بقوله: «في الأصح»؛ لأنّهم قالوا: في قولهما نظرٌ على تقدير أن يكون المصالح عليه عبداً؛ لأن صلح وليّ الأول لا يلزم الثاني؛ إذا لو فرضنا أنّ قيمة العبد عشرة دراهم، وقيمة المدبر ألف؛ فعلى قولهما يلزم أن يرجع وليّ القتل الثاني على الأول بخمسة³ دراهم، ولولا هذا الصلح لكان حقه خمسمائة دراهم، فيكون هذا إضراراً عليه بغير رضاه، فالأصح: أنّ خلافهما فيما دفع المولى قيمة المدبر إلى وليّ القتل الأول بغير قضاء؛ لأنّه لو كان بقضاء؛ فقوله كقولهما.

هذا كله إذا دفع القيمة إلى وليّ⁴ الأول، ولم يكن الجناية الثانية موجودة، فإن دفع إليه والجناية الثانية موجودة، فإن دفع بغير قضاء؛ فإنّ أولياء الآخر ههنا بالخيار بين أن يرجعوا إلى المولى وبين أن يشاركوا المدفوع إليه بالاتفاق.

لهما: إنّ المولى لم يُتلف حقّ الولي الثاني؛ لأنّه حين دفع كلّ قيمة المدبّ إلى الأول كان كلّ القيمة حقه، فلا يرجع الثاني على المولى كما لو دفع بقضاء القاضي.

وله: إنّ جنبايات المدبر وإن كثرت لا توجب⁵ إلا قيمة واحدة على المولى، فلما جنى المدبر جنابةً أخرى تبين أنّ المولى دفع باختياره نصيبه إلى وليّ⁶ الأول، فيرجع عليه، بخلاف ما إذا دفعه بقضاء؛ لأنّه مجبورٌ على الدفع، كالوصي إذا صرف التركة إلى الغرماء بغير قضاء، وظهر غريمٌ آخر؛ يضمن، وإن كان بقضاء؛ لا يضمن.

(ولو غصب عبداً، فمات) العبد عنده، (فصالح مولاه على أكثر من قيمته؛ فهو) أي: الصلح (جائز) عند أبي حنيفة. وقالوا: لا يجوز.

قيّد بكون الصلح على أكثر من قيمته بعد موته؛ إذ لو كان قبله يجوز اتفاقاً.

ووضّع الخلاف في العبد، وأراد به: عيناً ذات القيمة؛ لأنّ المغصوب لو كان مثلياً، فهلك؛ فالمصالح عليه إن كان من جنس المغصوب؛ لا يجوز الزيادة اتفاقاً، وإن كان من خلاف جنسه؛ جز اتفاقاً.

اعلم أنّ الخلاف فيما إذا كان الصلح على أكثر قبل القضاء بالقيمة؛ إذ لو كان بعده لا يجوز اتفاقاً. ولو صالح على عرضٍ قيمته أكثر من قيمة المغصوب؛ جاز اتفاقاً.

لهما: إنّ قيمة المغصوب الهالك ثابتة⁷ في ذمة الغاصب، فإذا صالح على أكثر منها يكون ربّاً.

وله: إنّ العين بعد الهلاك باقية على ملك المالك ما لم يضمنه، أو يتقرّر حقه في القيمة بحكم الحاكم، ألا يرى أنّه لو اختار ترك التضمين بقيّ العين في ملكه حتى يجب الكفّ عليه؛ فيكون المأخوذ من الغاصب قبل القضاء بدلاً عن المغصوب، لا عن قيمته، فلا يكون ربّاً.

(ولو ادّعى نكاحها، فوجدت، ثم صالحته على مالٍ لترك الدعوى؛ جاز، وكان في معنى النخل) في جانبه؛ لزعمه أنّ النكاح قائم، والدفع لترك الخصومة في جانبها. ولو كان المدعي مطلقاً في دعواه؛ يحرم عليه ما أخذه ديانةً.

¹ د - ولو كان صالحه من ذلك.

² د: المولى.

³ د: خمسة.

⁴ د - ولي.

⁵ ح: يوجب.

⁶ د: ولي.

⁷ د: ثابت.

(أو ادّعت هي نكاحه، فصالحها) على مالٍ لتترك دعواها (جاز) ويكون المدفوع من جانبه لدفع الخصومة، ومن جانبها زيادةً في مهرها. (وقيل: لم يجز) هكذا في بعض نسخ القُدوري، ووجهه: أن ترك دعواها إن جعلَ فرقةً؛ لا يجوز للزوج إعطاء شيءٍ لأجلها، وإن لم يُجعلَ فرقةً؛ بقي الحال على ما كان عليه من الدّعى، فلم يكن في مقابلة هذا العوض شيءًا.

(أو عبودية رجلٍ) أي: لو ادّعى عبودية رجلٍ، (فصالحه) على مالٍ ليرك دعواه (جاز، وكان) في زعم المدّعي (في معنى العتق على مالٍ) لكن لا ولاءً له¹ عليه؛ لإنكار العبد ذلك، وفي² زعم المدّعى عليه يكون لدفع الخصومة.

(والتهايؤ) أي: تناوب الشريكين (في غلتي عبيدٍ على أن يأخذَ هذا غلّةَ هذا العبد) أي: بدل خدمته (شهرًا، وذلك غلّة ذلك العبد (شهرًا باطلًا) عند أبي حنيفة، يعني: لا يجوز أن يجبرهما القاضي عليه، إلا إذا اصطلحا عليه، فيجوز. كذا في «المصنفى».

وقال³: يجوز جبرًا.

قَيّد بالتهايؤ؛ لأن الغلّة على الشيوع جائزة اتّفاقًا.

وقَيّد بغلتي عبيدٍ؛ لأن التهايؤ في غلّة عبدٍ أو دابةٍ لا يجوز اتّفاقًا، وفي خدمة عبدٍ وعبيدٍ، أو غلّة دارٍ أو دارين، أو سكني دارٍ ودارين؛ يجوز اتّفاقًا.

لهما: إن الغلّة بدلُ الخدمة، ويجوز المهايأة في خدمتهما، فكذا في غلتهما.

وله: إن التسوية في القسمة واجبة، ولم توجد⁴ في غلتي عبيدٍ؛ لأن أحدهما قد يجد مستأجرًا ولا يجد الآخر، فيكون كسبه أكثر منه، وأمّا خدمة عبيدٍ لا يتفاوت ظاهرًا أو يتفاوت قليلًا، وأمّا التهايؤ في غلتي دارين؛ فإنما جاز؛ لأن العقار لا يتطرّق إليه التغيير ظاهرًا، فأمكنك المعادلة.

(وهو) أي: التهايؤ (في ركوب دابةٍ، أو غلتها، أو غلتي دابتين، أو ركوبهما اصطلاحًا) أي: على وجه الصلح بينهما (جائز) عند أبي حنيفة. (لا جبرًا) أي: لا يجوز التهايؤ على وجه الإكراه عنده. (ومنعاه) أي: التهايؤ (في غلّة دابةٍ) سواء كان على وجه الصلح أو الجبر، كما لم يجز في غلّة عبدٍ واحدٍ، (وأجازه في الباقي جبرًا) وهذا بناءً على أن القاضي لا يقسم الحيوانَ جبرًا عنده للتفاوت فيها، فكذا في غلّتها، وعندهما يقسم جبرًا، فكذا يقسم منافعتها وبدل منافعتها.

اعلم أنّ ههنا ثمان مسائل: أربعة⁵ في العبد: غلّة عبدٍ أو عبيدٍ، وخدمة عبدٍ أو عبيدٍ، وأربعة في الدابة: ركوب دابةٍ أو دابتين، غلّة دابةٍ أو دابتين، في اثنين منها لا يجوز اتّفاقًا: غلّة عبدٍ واحدٍ، وغلّة بغلٍ واحدٍ، وفي اثنين جائز اتّفاقًا: خدمة⁶ عبدٍ أو عبيدٍ، وفي أربعة خلافًا: غلّة عبيدٍ، وركوب بغلٍ أو بغلين، وغلّة بغلين.

ومعنى عدم الجواز: أنّه لا يُجبرُ عليه القاضي، وأمّا الجوازُ صلحًا؛ فتأبّت في⁷ جميع الصور كما قال به أبو حنيفة في قسمة الرقيق، وبهذا عرفت أنّ إطلاقَ البطان على عدم الجبر ليس كما ينبغي. ولو جمع حكمَ غلّتي عبيدٍ وركوب دابةٍ أو دابتين وغلّتي دابتين؛ لكان أولى وأخصر؛ إذ افتراق الحكم وزيادة الجبر والاصطلاح في الثانية يوهّم الاختلاف فيه، وليس كذلك كما عرفت.

(ولو أسلم عشرةً في كَرٍ، ثم اصطلحا على زيادة نصف كَرٍ آخر) أي: على أن يزيد المسلم إليه لربّ السلم نصف كَرٍ آخر (إلى أجله؛ لم يصح) الصلح اتّفاقًا؛ لأنّه لو صحّ لبطل عقدُ السلم؛ لأن بعض رأس المال يجعلُ بإزاء هذه الزيادة، فيصيرُ دينًا على المسلم إليه، فصار كأنّه أسلم برأس مالٍ هو دينٌ، فإنّه لا يجوز. (وعليه ردُّ ثلث العشرة) عند أبي حنيفة، يعني: إذا لم يجز الزيادة؛ فعلى المسلم إليه ردُّ حصّته الزيادة من رأس المال إلى ربّ السلم، (وإيصال ذلك الكَر) أي: المسلم فيه على التمام. (وقال: لا يردّ شيئًا) من رأس المال؛ لأنّه لو حكمَ بالردّ؛ لزم الحكمُ بصحة الزيادة، وهي لم يصح، فبقي العقدُ الأوّل على حاله، فصار⁸ كما لو زاده نصف كَرٍ بعد انقضاء المدّة.

1 - د - له.

2 - د: في.

3 - د + لا.

4 - ح: يوجد.

5 - د + في أربعة.

6 - د: خدمته.

7 - د - في.

8 - د: وصار.

وله: إنَّ المسلمَ إليه قصد زيادته شيئين: إخراج ثلث رأس المال عن السلم الأول، وجعله مقابلاً بهذه الزيادة، فلما لم يصحَّ الثاني لمانع سبق بيانه؛ بقي إخراجُه صحيحًا؛ إذ لا مانع له، فيردُّه، بخلاف زيادته بعد تمام المدَّة؛ لانتهاء العقد الأول بانقضاء الأجل. وإنَّما وضع في الزيادة في المسلم فيه؛ إذ لو صالحه على أن زاده ربَّ السلم عشرةً دراهم على رأس المال جازًا؛ لأنَّ المعقودَ عليه قائمٌ في الذمة، فيجوز الزيادةُ في بدله ملحفًا بأصل العقد. من «الحقائق».

(ولو وجد بطعامٍ اشتراه عيبًا، فصالحه على أن يزيده طعامًا من غير جنس المعيب إلى أجلٍ: فهو باطلٌ) عند أبي حنيفة (مطلقًا) أي: سواءً كان ثمنُ الكلِّ منقودًا في المجلس أو لا. (وقالا: إن لم ينقد الثمن في المجلس) بطل صلحُه، وإن نقد صحَّ.

قيَّد بغير جنس المعيب؛ إذ لو كان الزائد من جنسه يجوز اتِّفاقًا.

وقيَّد بالأجل؛ لأنَّ الزيادة لو لم تكن مؤجَّلةً؛ يصير بيعًا حالًا، فيجوز اتِّفاقًا.

وهذا الخلاف بناءً على أنَّ إعلامَ قدر رأس المال شرطٌ عنده، وغيرُ شرطٍ عندهما، والزيادةُ إلى أجلٍ في معنى السلم، فيكون بعضُ الدراهم من الثمن بمقابلة هذا الزائد، وهو مجهولٌ، فلا يصحُّ عنده، ويصحُّ عندهما.

وفي الأصل: إذا صالح عن عيبٍ عن دراهم، ثم زال ذلك العيب؛ بطل الصلح، وردَّ عليه ما أخذه؛ لأنَّ الخصومة قد زالت، وكذا إذا صالح عن مالٍ، فتبيَّن أنَّه لم يكن عليه ذلك المأل.

(أو على خدمة عبده) يعني: لو ادَّعى حقًا على آخر، وصالحه¹ على خدمة عبده، (أو سكنى داره، أو زراعة) أرضه، (أو لبس) ثوبه، (أو ركوب) دابته (شهرًا، فهلك المُدَّعى عليه) قبل استيفاء المنافع (لا يبطله) أي: أبو يوسف الصلح، فيستوفي المُدَّعي المنافع؛ لأنَّ ذلك نزل منزلة الوصية؛ إذ هذه المنافع لم يقابلها بدلٌ في الظاهر، وموت الموصي لا يبطل العقد، فكذا هذا. (أو المُدَّعي) أي: لو هلك المُدَّعي، (يبطله) أي: أبو يوسف الصلح (في الركوب واللبس) لا غير، وأجازه في الباقي؛ لأنَّ الناس متفاوتون في الركوب واللبس، والمُدَّعى عليه رضي بهما من المُدَّعي لا من وارثه، بخلاف الزراعة والخدمة والسكنى؛ إذ لا تفاوت فيها، فيقوم الوارث مقام المُدَّعي.

(وأبطله) أي: محمَّد الصلح (في الكلِّ)؛ لأنَّ العقد وردَّ على المنفعة، وكان في حكم الإجارة، فيبطل بموت أحد المتعاقدين. (أو محلَّ المنفعة) يعني: لو هلك العبد، أو الداء، أو الأرض، أو غيرها (بفعل ضامن) أي: بأن أهلكه أجنبي، (فأخذت قيمته) منه؛ (يخيره) أي: أبو يوسف المُدَّعي (في مطالبة عبدٍ للخدمة) يعني: إن شاء يطلب من المُدَّعى عليه أن يشتري له عبدًا، فيستوفي منه الخدمة؛ لأنَّه في حكم الموصى بمنفعته، فلا يبطل بهلاكه. (أو نقض الصلح) يعني: إن شاء نقض الصلح، ورجع إلى دعوته؛ لتغير محلَّ ما صالح عليه.

(وأبطله) أي: محمَّد الصلح؛ لِمَا مرَّ أنَّه في حكم الإجارة عنده، فينفسخ² بتعدُّر تسليم المعقود عليه.

قيَّد بفعل ضامن؛ لأنَّه لو هلك بنفسه أو أهلكه المُدَّعى عليه يبطل الصلح اتِّفاقًا، أما عند أبي يوسف؛ فلا يُنقض كالباع من وجه؛ لكونه في مقابلة شيء، فيبطل كما يبطل البيع بهلاك المبيع قبل القبض، وأما عند محمَّد؛ فلتعدُّر تسليمه كما مرَّ. ولو أهلكه المُدَّعي؛ فعلى الخلاف المذكور، لكن قال بعض المشايخ: لا يتخير، بل يستوفي المنفعة من العبد المشتري بقيمة الهالك؛ لأنَّ التغيُّر حصل بفعله، فصار راضيًا به. ولو باعه المُدَّعى عليه يجوز عند محمَّد إذا باعه بعد ركوبه في الإجارة، ولم يجز عند أبي يوسف؛ لأنَّه قد باع ما فيه حقُّ المنفعة. كذا في «الكافي».

(فلو استأجره منه) أي: المُدَّعى عليه العبد من المُدَّعي (بعدما صالحه على خدمته) مدَّة معلومة، (وسلمه) أي: المُدَّعى عليه العبد إلى المُدَّعي؛ (يجيزه) أي: أبو يوسف عقد الإجارة؛ لأنَّه كالبيع، ولا يبطل الصلح. (ومنع) محمَّد، أي: قال: لا تجوز الإجارة، ويبطل الصلح؛ لأنَّ العبد كالمستأجر عنده، فلو أجز المستأجر من المؤجر في مدَّة الإجارة لا يجوز، فكذا³ هذا.

(وأجاز صلح الأجير الخاص، والمودع بعد دعوى الهلاك أو الرد) مثلًا: إذا قال الراعي الخاص: هلكت شاة من الغنم، أو قال: ردَّتها إليك، وكذا إذا قال المودع: ضاعت الوديعة، أو قال: دَفَعْتُهَا إِلَيْكَ، فأنكر المالك الردَّ أو الهلاك، فصالحه على مالٍ؛ جاز الصلح عند محمَّد. وقال: لا يجوز.

¹ د: لو صالح من العيب.

² د: فيفسخ.

³ د: وكذا.

قَيَّدَ بالأجير الخاصّ؛ لأن العَيْنَ في يد الأجير المشتركِ مختلَفٌ في وجوب ضمانها.
 وقَيَّدَ بدعوى الهلاك؛ لأن المودَع لو ادَّعى على المودَع الاستهلاك وهو ينكُرُ، فصالحه؛ جاز الصلحُ اتِّفَاقًا. كذا في «الفصول».
 هذا إذا لم يحلف المودَعُ، وأما إذا حلف على ما ادَّعاه، ثم صالحه؛ لا يصحُّ اتِّفَاقًا. كذا في الأصل.
 له: إنَّ الصلحَ لقطع الخصومة، وقد تحقَّقت هنا؛ لادعاء المالك الضمان، وإنكارِ الأجير أو المودَع.
 ولهما: إنَّ كلاً من الأجير الخاصِّ والمودَع أمينٌ، فيصدَّقُ في قوله، فصار كما لو أقام البينة على الهلاك أو الردِّ، فلا يجوز الصلحُ.

(ويمنع الردُّ بعيبٍ حادثٍ قبل القبض بعد صلحه عن إبرائه من كلِّ عيبٍ) يعني: إذا اشترى عبداً، فلم يقبضه حتى صالح البائع على إبرائه من كلِّ عيبٍ به، ثم حدث عيبٌ بعد الصلح وقبل القبض؛ لم يكن للمشتري أن يرده به عند أبي يوسف. (وخالفه) محمَّدٌ؛ لأن الإبراء إسقاطٌ لحقه في الردِّ بالعيب، فينصرف إلى الموجود دون ما سيحدث كالإبراء عن الديون.
 ولأبي يوسف: إنَّ غرضه من الصلح أن يلزمه العقد، ولا يتمُّ ذلك إلا بصرف الإبراء إلى الكلِّ، فيكون الحادثُ قبل القبض بعد العقد كالحدث قبل العقد.

(فصل) في المصالحة في الديون والتوكيل به والتبرع

(وإذا صلح عن دينٍ ببعضه جاز ولم يكن معاوضةً)؛ لأن في جعله كذلك رباً، (بل) يكون (استيفاءً لبعضه، وإسقاطاً للباقي) تصحيحاً لكلامه مهما أمكن، (كمن صالح عن ألفٍ على خمسمائة، أو عن ألفٍ جياذٍ بخمسمائة زيوفاً) فيجعل المطالبُ مُسْتَقِطاً للقدر والصفة، ومستوفياً لبعض حقه، وأما عكسه. وهو أن يكون الصلحُ عن ألفٍ زيوفاً على خمسمائة جياذٍ؛ فغيرُ جائزٍ؛ لامتناع حمله على أنه استوفى بعض حقه وأسقط الباقي؛ لأنَّه لم يستحقَّ الجياذ، فيكون معاوضةً، فيلزمُ رباً.
 (أو عن حالةٍ بمثلها) أي: صالح عن ألفٍ حالةٍ بألفٍ (مؤجَّلةٍ) فإنَّه جائزٌ، فيجعلُ كأنَّه أجلُّ نفسَ حقه، ولا يجعلُ معاوضةً؛ لأن بيعَ الدراهم بمثلها نسيئةً غير جائزٍ. (لا عن دراهم) أي: لا يجوز الصلحُ عن دراهم حالةٍ (بدنانير مؤجَّلةٍ)؛ لأنه لا يمكن حملهُ على تأخير حقه؛ إذ الدنانيرُ لم يكن حقه، فتعيَّن حملهُ على المعاوضة، فلا يجوز لكونه رباً.
 (ولا عن ألفٍ) أي: لا يجوز الصلحُ عن ألفٍ (مؤجَّلةٍ بخمسمائةٍ حالةٍ)؛ لأن المعجَّلَ خيرٌ من المؤجَّلِ، فيكون الحطُّ بمقابلة الأجل، فيكون رباً؛ لأن الأجلَّ صفةٌ كالجودة، والاعتياضُ عن الجودة لا يجوزُ.

فإن قلت: على هذا لم جاز صلحُ المولى عن مكاتبه عن ألفٍ مؤجَّلةٍ على خمسمائةٍ حالةٍ؟ قلت: لأن معنى الإفراق فيما بينهما أظهرٌ من معنى المعاوضة، فلا² يكون هذا مقابلةً للأجل ببعض المال، بل يكون إرفاقاً من المولى بحطِّ بعض البدل، ومساهلةً فيما بقي قبل حلول الأجل ليتوصَّلَ إلى شرف الحرية، وهو مندوبٌ شرعاً.
 (ولا عن ألفٍ سودٍ) وهو جمع أسود (بخمسمائةٍ بيضٍ)؛ لأن البيضَ غيرُ الحقِّ المعقود عليه، وهي زائدةٌ في الوصف، فيكون معاوضةً للألفِ بخمسمائةٍ وزيادةً وصفٍ، وإنَّه رباً.

(ولو قال) لمديونه: (أدِّ إليَّ غداً خمسمائة على أنكَ بريءٌ من الباقي؛ يحكم) أبو³ يوسف (ببرائته مطلقاً) أي: أدَّى غداً أو لم يؤدِّ؛ لأن «عليَّ» للمعاوضة، والأداء لا يصلح عَوْضاً؛ لأنَّه واجبٌ عليه قبل الصلح، فيكون وجوده كعدمه. (وقالا: إن⁴ نقد في غدٍ) يكون بريئاً، (وإلا) أي: إن لم ينقد (عادت الألفُ) عليه؛ لأن «على» تحتل الشرط، فيحملُ عليه تصحيحاً لتصرفه أو للتعرف، والأداء في الغد يصلح عَوْضاً؛ لأنَّه قد يعجل للتجارة الرابحة، ولو لم يقيد الأداء بوقتٍ؛ يصحُّ إبراءه اتِّفَاقاً؛ لأن مطلقَ الأداء لا يصلح عَوْضاً.

ولو قدَّم الإبراء بأن قال: أبرأتك من خمسمائةٍ من الألف على أن تعطيني خمسمائة غداً؛ يقع الإبراء اتِّفَاقاً، أعطاهما أو لم يعط؛ لأنَّه أطلق الإبراء أوَّلاً، ووقع الشكُّ في تقييده بأداء الخمسمائة؛ لأن كلمة «على» ليس للشرط صريحاً، بخلاف ما تقدَّم؛ لأن قيدَ الأداء دُكِرَ أوَّلاً.

¹ د + درهم.

² د: ولا.

³ د: أبي.

⁴ د - إن.

ولو قال: إن أدّيت إليّ¹ غداً خمسمائة فأنت بريء من الباقي؛ يكون² الإبراء باطلاً؛ لأن في الإبراء معنى التملك، فلا يصح التملك بصريح الشرط، وفي الإبراء معنى الإسقاط، وهو يقبل التعليق، فاعتبرناه في شرط غير صريح، كما إذا قالت: وهبت مهري لك على أن تهب لي كذا، فلم يهبه؛ فالمختار أن المهبر باقٍ.

(ولو كان له عليه مائة درهم وعشرة دنانير، فصالحه على مائة) درهم (وعشرة دراهم على أن ينقده خمسين، ويؤجل الباقي، فنقدها) أي: الخمسين (قبل التفرق يجهزه) أي³: أبو يوسف ذلك الصلح. (وخالفه) محمّد؛ لأن التأجيل في بدل الصرف مفسد له، وإنه لما أجل بعضه صار التأجيل شرطاً في الصرف، فأفسده.

ولأبي يوسف: إن نقد ما هو بدل الصرف واجب عليه، فيصرف المنقود إليه تحرراً عن الفساد، وذكر التأجيل ليس على وجه الشرط، حتى لو صرح بالشرط فقال: على أن يكون الباقي مؤجلاً إلى كذا؛ كان الصرف باطلاً اتفاقاً.

أقول: قوله: «ويؤجل» الظاهر أنه معطوف على «أن⁴ ينقده»، لكن على هذا لا يكون محلّ الخلاف كما سمعت، فيبغى أن يكون معطوفاً على قوله: «فصالحه».

(ولو وكلّ رجلاً (في الصلح عن دم العمد أو دين) أي: في صلح دين (ببعضه، فصالح؛ لم يلزم الوكيل ما صالح عليه)؛ لأن الصلح في هاتين صورتين ليس بمالٍ عن مالٍ حتى يكون كالباع، فيطالب الوكيل به، بل هو إسقاط محض، فيكون الوكيل سفيراً عن الموكل، فلا يضمن كالوكيل بالنكاح. (إلا أن⁵ يضمنه) أي: يضمن الوكيل ما صالح عليه، فيؤخذ حينئذٍ بعقد الضمان، لا بعقد الصلح.

(ولو تبرّع به عنه) أي: لو صالح عن المدعى عليه رجلاً بغير أمره، (فإن صالح بمالٍ وضمنه، أو قال): صالحتك (على ألفٍ وسلّمها، أو على ألفي هذه) بأن ينسب المصالح المال إلى نفسه، (أو على هذه الألف) بالإشارة إليها فقط، (صح) الصلح في هذه الصور، (ولزمه تسليمها) إلى المدعى، ولا يرجع بشيء منها على المدعى عليه؛ لأنّه متبرّع، وصار كالكفالة بغير أمر المديون.

(وإن قال: على ألفٍ) ولم يشتر إليها، ولم ينسبها إلى نفسه؛ (توقّف) الصلح (على إجازة المدعى عليه)؛ لأنه هو الأصيل في عقد الصلح لعود النفع إليه، فإذا أطلق المصالح المال؛ كان عاقداً لأجله، فيتوقّف على إجازته، وإذا أضافه إلى نفسه يصير أصيلاً فيه، فلا يتوقّف على إجازته.

فصل في الدين المشترك والتخارج

(ولو صالح أحد الشريكين) في دين اشتركا فيه على السواء (من نصيبه على ثوب، فإن شاء شريكه أتبع المديون بنصفه) أي: بنصف الدين؛ لأن حقه كان عليه، ولم يستوفه، فبقي في ذمته. (وإن شاء أخذ نصف الثوب)؛ لأن الصلح وقع على نصف الدين، وهو مشاع، ولو كان المقبوض كله للمصالح بلا إجازة الآخر؛ لزم قسمة الدين قبل القبض، وهي غير صحيحة؛ لأن المقبوض أرجح من الدين، فلشريكه حق المشاركة في المقبوض.

(إلا أن يضمن له) أي: المصالح لشريكه (ربع الدين) فلا يكون له سبيل على الثوب، يعني: إذا لم يرجع الشريك على المديون، ورجع على المصالح؛ فللمصالح الخيار أيضاً بين أن يدفع نصف الثوب أو ربع الدين؛ إذ لو ألزمنه ربع الدين لتضرر المصالح؛ لأن مبنى الصلح على الخط، وقد لا يبلغ قيمة الثوب ربع الدين، فأثبتناه الخيار دفعا للضرر.

قيدنا بكون المصالح عنه ديناً؛ لأنّه لو كان الصلح عن عينٍ مشتركة يختص المصالح ببذل الصلح، وليس لشريكه أن يشاركه فيه لكونه معاوضة من كل وجه؛ لأن المصالح عنه مالٌ حقيقة، بخلاف الدين، فإنّه حين القبض يكون مالا.

وقيد بكون المصالح عليه ثوباً، مراد منه خلاف جنس الدين؛ لأنّه لو صالحه على جنسه ليس للمصالح فيه خيار، بل لشريكه أن يشاركه فيما قبضه، أو يرجع على المديون؛ لأنّه بمنزلة قبض بعض الدّين، ولو أراد القابض أن يختص بما قبضه، ولا يرجع عليه شريكه؛ فالحيلة فيه: أن يهبه الغريم قدر دينه، وهو يبرئه عن دينه.

¹ د: إليه.

² د: تكون.

³ ح - أي.

⁴ د - أن.

⁵ د - أن.

(ولو استوفى أحدهما نصف نصيبه شركه الآخر فيه) فلا يلزم قسمة الدين قبل القبض، (ثم يرجعان بالباقي) أي: بباقي الدين على الغريم؛ لاستوائهما في الاقتضاء. ولو سلم أحدهما المقبوض للقبض، وتابع الغريم، ثم تَوَيَّ نصيبه، بأن مات الغريم مفلساً؛ رجع على القابض بنصف ما قبض؛ لأن تسليمه مقيّد بشرط سلامة الباقي له، فإذا لم يسلم رجع عليه كما في الحوالة، لكن ليس أن يرجع في عين تلك الدراهم المقبوضة؛ لأن حقه فيها سقط بالتسليم، بل يعود إلى ذمته بمثلها.

(ولو اشترى بنصيبه سلعة؛ ضمنه) الشريك (الأخر ربع الدين) إن شاء التضمين؛ لأنه أتلف من نصيبه ذلك المقدار، وإن شاء تابع المديون. إنما لم يجعلوه مشاركا في الثوب المشتري كما جعلوه كذا في الثوب المصالح عليه؛ لأن الشراء مبادلة من كل وجه، وليس باستيفاء لعين الحق، والصلح استيفاء لعين الحق من وجه، ولهذا قالوا: إذا صالح من الدين على عبد، وصاحبه¹ مقرر بالدين، ثم تصادقا أن لا دين؛ يبطل الصلح، ولو كان مكانه شراء؛ لا يبطل. كذا في «الكفاية».

فإن قلت: لزم من هذا قسمة الدين قبل القبض، فكيف جاز؟

قلت: لكونه في ضمن صحة الشراء، فكم من شيء يصح ضمناً ولا يصح قصداً؟ وكذا لم يخيروا المشتري في دفع ربع الدين كما خيروا المصالح فيما سبق؛ لأن الشراء مبني على المماكسة والمضايقة، لا على المساهلة كالصلح، فلا يتضرر المشتري بإلزام دفع ربع الدين.

(ولو أحرق² أحدهما) أي: أحد الشريكين في دين (على المديون ثوباً) فلزم ضمانه، (فتقاصاً) بقيمة الثوب وحصته من الدين، (يمنع) أبو يوسف (شريكه من الرجوع) على المحرق³ (بحصته) وهو ربع الدين؛ لأنه لم يصل إلى المحرق⁴ بهذا الفعل مأل، فلم يكن قابضاً، فلا يرجع عليه، كما إذا جنى عليه جنائياً موجبة للأرش، فصار قصاصاً⁵. (وخالفه) أي: قال محمد: يرجع؛ لأنه ملك العين بالإتلاف، فصار كقبض الدين، فيتبعه.

اعلم أن الخلاف فيما إذا أحرق⁶ الثوب في يد المديون؛ إذ لو غصب منه ثم أحرقه⁷ يرجع عليه اتفاقاً؛ لأن الضمان حصل بالقبض.

ويقد بالإحراق⁸؛ إذ لو تزوج أحدهما بنصيبه امرأة بأن كان لهما دين عليها لا يرجع شريكه في ظاهر الرواية اتفاقاً؛ لأنه إتلاف، فصار كما لو أبرأ أو صالح به عن جنائيه عمد؛ لأنه لا يملك بمقابلته شيئاً يمكنه المشاركة فيه. هذا إذا أضاف عقد النكاح إليه، أما إذا سمى دراهم مطلقاً، فوقع المقاصد بنصيبه؛ يرجع عليه شريكه اتفاقاً؛ لأنها لم تملكه⁹، وإنما ملكت غيره، فالتقيا قصاصاً. كذا في «التبيين».

(ولو صالح أحد الشريكين في سلم من نصيبه على رأس المال؛ يجيزه) أي: أبو يوسف الصلح. (ومنعه) أي: قال: لا يجوز مطلقاً، فيتوقف على إجازة صاحبه، فإن أجازته نفذ عليهما، ويكون المقبوض بينهما، وكذا ما بقي من السلم، وإن ردّه يبطل، ويبقى السلم كما كان.

قيّد برأس المال؛ لأنه لو صالحه على غيره لا يجوز اتفاقاً؛ لما فيه من الاستدلال بالمسلم فيه.

أقول: إن كان قولهما في طرفي النقي من قوله كما هو الظاهر؛ كان ينبغي أن لا يردف¹⁰، وإن كان عندهما أن الصلح جائز إن أجاز صاحبه، وهو الحق؛ كان ينبغي أن يبين قولهما، ويقول: ومنعه إن لم يجز صاحبه¹¹.

1 د: فصاحبه.

2 د: أحرق.

3 د: المحرق.

4 د: المحرق.

5 ح: فتقاصا.

6 د: أحرق.

7 د: أحرقه.

8 د: بالإحراق.

9 د: يملكه.

10 د: كان عليه أن لا يردف قولهما؛ لأنه في طرف النقي من قوله.

11 د - وإن كان عندهما.

اعلم أن هذه المسألة مرّت في باب السلم، وسبب تكرارها أنّه لَمَّا رآها في بيع «المنظومة» كتبها في كتاب البيوع، ولَمَّا رأى في صلح القدوري، وذهل عن ذكره لطول العهد؛ ذكرها ههنا.

له: إنّه تصرّف في خالص حقّه، فيجب أن ينفذ، كما لو اشتريا شيئاً، فأقال أحدهما في نصيبه، فيصير شريكه بالخيار، إن شاء شاركه فيما قبض، ويكون الدين بينهما، وإن شاء رجع على المسلم إليه.

ولهما: إنّ هذا تصرّف في إبطال العقد، وهو إنّما انعقد بهما، فلا ينفذ أحدهما بإبطاله؛ لأن كلاً منهما كشرط العلة، فلا يرتفع العقد إلا برفعهما، بخلاف الإقالة؛ لأن العين أصل لوجود عقد البيع، حتى لم يجز إلا بوجودهما، فيكون أصلاً في رفعه، فيكون الإقالة تصرّفًا في حكم العقد، لا إبطالا له.

(ولو صالح الورثة أحدهم، فأخرجوه من التركة، وهي عقارٌ أو عروضٌ بمالٍ؛ جاز قليلاً كان) ذلك المال (أو كثيراً)؛ لأنّه في معنى البيع، ويجوز بيع العقار والعروض بالقليل والكثير.

قيل: لو كان الأعيان مجهولة لا يصحّ الصلح؛ لأنّه بيع، وبيع المجهول غير صحيح، لكن الأصحّ: أنّه صحيح؛ لأن الجهالة فيه غير مفضية إلى المنازعة؛ لأنّها في يد بقية الورثة، فلا يحتاج فيه إلى التسليم، كمن أقرّ أنّه غصب من فلان شيئاً، فباعه المقر له من المقر؛ جاز وإن لم يعرف قدره، حتى لو كان الأعيان كلها أو بعضها في يد المصالح؛ لا يجوز حتى يصير جميع ما في يده معلوماً للحاجة إلى التسليم. كذا في «شرح الوافي».

(وإن كانت) التركة (فضّة) فصالحوه من نصيبه على ذهبٍ، (فأعطوه ذهباً، أو بالعكس) بأن كان التركة ذهباً، فصالحوه على فضّة، (جاز) الصلح (مطلقاً) أي: قليلاً كان ما أعطوه أو كثيراً؛ لأنّه بيع الجنس بخلافه، لكن يشترط التقابض في المجلس؛ لأنّه صرفٌ. (وإن اشتملت) التركة (على النقود وغيرها، فصالحوه على نقد؛ زادوه) أي: لا بُدّ أن يكون ما أعطوه من النقد زائداً (على نصيبه من ذلك التقد) أي: من الفضّة أو الذهب الكائن في التركة؛ ليكون قدر نصيبه مقابلاً بمثله، والزائد عليه بحقه من بقية التركة، لكن لا بُدّ من التقابض فيما يقابل التقدين. هذا إذا تصادقا على كونه وارثاً، وإن صالحوه على تقدير الإنكار؛ يجوز كيفما كان؛ لأنّه لا يكون في معنى البيع، ولو كان بدل الصلح عرضاً في هذه الصورة؛ جاز مطلقاً لعدم الرّيا.

(وإن كان فيها) أي: في التركة (ديونٌ، فأخرجوه منها) أي: المصالح من الديون (على أن يكون الدين لهم؛ لا يجوز) الصلح؛ لأن فيه تملك الدين الذي هو حصّة المصالح من غير من عليه الدين، وهم الورثة، فبطل، ثم تعدّى البطلان إلى الكل؛ لأن الصفقة واحدة، سواء بين حصّة الدين أو لم يبين عند أبي حنيفة، وينبغي أن يجوز عندهما في غير الدين إذا بين حصّته.

(فإن شرطوا أن يبرأ الغرماء من نصيبه) من الدين (جاز)؛ لأن ذلك تملك الدين ممن عليه الدين²، وإنه جائز، وهذه حيلة الجواز، وحيلة أخرى: أن يعطي الورثة نصيب المصالح من الدين متبرعين، ثم صالحوا عما بقي من التركة، لكن في هذين الوجهين ضرر للورثة؛ لأن في الوجه الأوّل لا يمكنهم الرجوع على الغرماء بقدر نصيب المصالح، وفي الوجه الثاني: أنّ العين خير من الدين، والأوجه منهما: أن يقرضوا المصالح مقدار نصيبه، ويصالحوا عما وراء الدين، ويحيلهم المصالح على استيفاء نصيبه من الغرماء. كذا قاله صاحب «الهداية». لكنّ ما اختاره لا يخلو عن ضرر التقديم في وصول مالٍ. والأوجه منه: أن يبيعه كفاً من تمرٍ أو نحوه بقدر الدين، ثم يحيلهم على الغرماء.

(كتاب الهبة)

وهي في اللغة: التبرّع، وفي الشرع: تملك العين بلا عوضٍ.

(ينعقد بالإيجاب والقبول، وشرطوا القبض للملك) أي: لأن يصير الموهوب ملكاً للموهوب له. وقال مالك: ليس بشرط لوجود التملك، والتملك بمجرد العقد كما في البيع.

ولنا: ما روي أنّ أبا بكر قال لعائشة رضي الله عنهما في مرضه: كنت نَحَلْتُكَ جزاءً عشرين وسقاً من تمرٍ بالعالية، ولم تكن قبضته، إنّما هو مال الورثة، ولو لم يكن القبض شرطاً لَمَّا قال ذلك. وكذا الخلاف في الصدقة. من «الكافي شرح الوافي».

¹ د: ولو.

² د - الدين.

(فإن قبض) أي: الموهوب له الموهوب (في المجلس) أي: في مجلس عقد الهبة (بغير إذن) من الواهب (جاز)؛ لأن إيجاب الهبة يكون إذنًا له بالقبض دلالة. هذا إذا لم يكن متصلاً بملك الواهب، ولو كان متصلاً، كما إذا وهب تمرًا في نخيل، أو قفيزًا من صبرة، فإن جدّه أو اكناله في المجلس؛ لا يجوز؛ لأن القطع والاكتيال تصرف في ملك الغير، فلا يصح إلا بإناية صريحًا. وفي «النوادر»: لو قال الموهوب له: قبضته، والموهوب حاضر؛ صار قابضًا لتمكّنه منه، كالتحلية في باب البيع. وقال أبو يوسف: لا يصير قابضًا ما لم يقبضه بيده.

(لا بعد الافتراق) أي: لا يجوز القبض بعد افتراقه عن المجلس إلا بإذن الواهب؛ لأن القبض في باب الهبة ملحق بالقبول، حتى لو قبض الموهوب له ولم يقل: قبضت؛ صحّ وملك الموهوب، والقبول كان مختصًا بالمجلس، فكذا ما ألحق به.

وفي «المحيط»: لو كان أمره بالقبض حين وهب؛ لا يتقيّد بالمجلس، ويجوز قبضه بعده. اعلم أنّ هبة الدين والإبراء يرتد بالرد، وقبولها ليس بشرط، حتى لو مات قبل العلم أو سكت يبرأ. وقال زفر: قبول الهبة شرط، لا يرتد الإبراء بالرد؛ لأن الإبراء إسقاط الدين، وهو مالٌ حكمًا لا حقيقةً، فعملنا بهما في لفظين، فاعتبرنا مالًا في حق لفظ الهبة؛ لأنّه موضوعٌ للتملك، فلم يصح من غير قبول، واعتبرنا إسقاطًا في حق لفظ الإبراء؛ لأنّه موضوعٌ للإسقاط، فيتم من غير قبول، ولا يرتد بالرد. ولنا: إنّ التصرف في الدين تملكٌ حكمًا إسقاطًا حقيقةً، فلكونه تملكًا يرتد بالرد، ولكونه إسقاطًا يصح من غير قبول توفيرا على الشبهين حظهما.

ولو قال: كل إنسان تناول من نخلي فهو حلال له، قيل: لا يحل به؛ لأن من تناوله لزمه الضمان، والإبراء المجهول غير جائز، وقيل: يحل؛ لأن هذا إباحة، والإباحة لمجهول جائزة. قال الصدر¹ الشهيد: وبه يفتى.

(وإن كانت في يده) أي: العين في يد الموهوب له (كالمودع والغاصب والمستعير ملكها بمجرد الهبة) وإن لم يجدد فيها قبضًا؛ لأن القبض ثابت فيها: إمّا حقيقةً وحكمًا، كالمغصوب في يد الغاصب، أو حقيقةً فقط، كالوديعة في يد المودع.

وفي «الفنية»: القبول شرط في الصور المذكورة، حتى لو لم يقل: قبضت؛ لا يجوز الهبة. (وتتعدّد به وهبت ونحلت وأعطيت)؛ لأن كلاً منها يُستعمل بمعنى الهبة، («وأطعمتك هذا الطعام»)؛ لأن الإطعام إذا أضيف إلى ما يطعم عينه يراد به: تملك العين، وإذا أضيف إلى ما لا يؤكل، كقوله: أطعمتك هذه الأرض؛ أريد به: العارية، فينتفع بها. كذا في «الهداية». لكن ما ذكر في «المحيط»: إذا قال: أطعمتك هذا الطعام فأقبضه؛ فهي هبة؛ لأن الإطعام يحتتمل التملك والإباحة، فإذا ذكر القبض عقبيه؛ دلّ على أنّه أراد به: التملك؛ لأن الهبة هي المحتاجة إلى القبض؛ يدل² على أنّ الإطعام بدون ذكر³ القبض بعده لا يكون هبة. والله أعلم⁴.

(وجعلته لك)؛ لأن اللام فيه للتملك، ولو قال: جعلته باسم ابني؛ فهو محتتمل، لكنّه إلى التملك أقرب باعتبار العرف. ولو قال: اعرس باسم ابني؛ لا يكون هبة؛ لأنّه لا يُستعمل في التملك عرفًا. ولو قال: متعتك بهذا الثوب؛ فهي هبة. كذا في «المنتقى». وذكر في «النوادر»: لو دفع ثوبًا، وقال: أكس نفسك، ففعل؛ هي هبة. ولو دفع دراهم، فقال: أنفقها، ففعل؛ فهو قرض، والفرق: أنّ كلاً الأمرين عبارة عن التملك، وهو يكون بالقرض والهبة، والقرض أدناهما؛ لأنّه تملك المنفعة⁵ فقط، فيحمل عليه لتيقنه وفي الدراهم كان القرض ممكنًا، فحمل عليه، وفي الثوب لم يمكن، فحمل على الهبة.

(وأعمرتك)؛ لأن معنى العمرى هو الهبة بشرط الاسترداد بعد موت الموهوب له، فتملكه صحيح، وشرطه باطل. وفي «المحيط»: لو قال: داري لك عمرى سكنى؛ فهي عارية، ولو قال: داري لك عمرى تسكنها؛ فهي هبة، والفرق: أنّ سكنى فهي محكمٌ للمنفعة، وصالح أن يكون تفسيرًا لقوله: داري، فكأنّه قال: لك سكنى داري، وأما قوله: تسكنها فعل، وهو لا يصلح أن يكون تفسيرًا، ولهذا لا يستقيم أن يقال لك: تسكن داري، فبقي الفعل مشورة، فلم يغيّر به أوّل الكلام.

1 ح: صدر.

2 د + عليه.

3 د - ذكر.

4 د - والله أعلم.

5 د: النفقة.

(وحملتك على هذه الدابة إذا نوى الهبة) أي: في هذا الكلام. قيده بالنية؛ لأن الحمل يراد به العارية والهبة، فإذا نوى الهبة تُعتبر؛ لأن الحمل يحتملها، وإذا لم يُنَوَّ يُحمل على أقيلهما، وهي العارية، وكذلك قوله: أخدمتك هذه الجارية، ومنحتك هذه الأرض. ولو قال: منحتك هذا الطعام أو الدراهم؛ يكون هبة بلا نية؛ لأن المنحة إذا أُضيفت إلى ما يمكن الانتفاع به مع قيام عينه كالأرض؛ يحمل على العارية؛ لأنها الأدنى، وإذا أُضيفت إلى ما لا يمكن الانتفاع به إلا باستهلاكه؛ يحمل على الهبة. كذا في «المحيط».

(وتجوز هبة المشاع فيما لا يُقسم¹) كالحمام، والرحى (ولا نجيزها فيما يقسم إلا بعد القسمة كسهم في دار) أي: كما لم يجز هبة سهم في دار. وقال الشافعي: يجوز؛ لأن الهبة عقد تملك، والمشاع قابل للملك، فيجوز هبته كبيعته.

ولنا: إن القبض في الهبة منصوص عليه مطلقاً، فيصرف إلى الكامل، والقبض في المشاع ليس بكامل؛ لأنه في حيزه من وجه وفي حيز شريكه من وجه، وتماؤه إنما يحصل بالقسمة، بخلاف المشاع فيما لا يُقسم؛ لأن القبض الكامل فيه غير متصور، فاكتمى بالقاصر.

وفي «الفصول»: يُشترط كون الموهوب مقسوماً وقت القبض لا وقت الهبة، حتى لو وهب نصف الدار شائعاً، ولم يسلم حتى وهب النصف الآخر، وسلم الكل؛ جاز، والمعنى بعدم الجواز: أنه لا يفيد الملك وإن اتصل به القبض، حتى لو وهب نصف دار غير مقسوم، ودفع الدار إليه، فباع الموهوب له ما وهب له؛ لا يجوز بيعه، وهو بمنزلة من² باع هبة لم يقبضها.

وفي «المجرد»: رجل أعطى رجلاً درهماً، فقال أحدهما: لك؛ لم يجز، استويا في الوزن أو اختلفا لجهالته. وإن³ قال: نصفهما لك، فإن استويا في الوزن والجودة؛ لم يجز؛ لأنه مشاعٌ يحتل القسمة، وإن اختلفا في الوزن والجودة؛ جاز؛ لأن شيوعه فيما لا يحتل القسمة، وهو الدراهم المضروبة، وأما في المقطعة؛ فلا يجوز ذلك حتى يفرز.

(وإن وهب دقيفاً في حنطة، أو دهناً في سمس؛ لم يجز وإن استخرجهما) وسلمها إلى الموهوب له؛ لأن الموهوب معدوم وقت التملك، فلم يكن محلاً له، فبطل هبته، بخلاف هبة المشاع، حيث لو قسمه وسلمه يجوز؛ لأنه موجودٌ ومحلٌ للتمليك، لكن لم يمكن تسليمه، فإذا زال المانع جاز.

فإن قيل: لو كان الدهن معدوماً في السمس لما جاز بيع الدهن بالدهن⁴ فيه مع أنه جائز.

قلنا: حدوث الدهن يضاف إلى العصير، وأما قبله؛ ففيه شبهة قيامه بالسمس، والشبهة كالحقيقة في باب الربا، ولكن لا يكفي في صحة الهبة.

اعلم أن الضابط في هذا المقام: أن الموهوب إذا اتصل بملك الواهب اتصالاً خلقيةً، وأمكن فصله؛ لا يجوز هبته ما لم يوجد الانفصال والتسليم، كما إذا وهب الزرع أو الثمر بدون الأرض والشجر، أو بالعكس. وإن اتصل اتصالاً مجاورةً، فإن كان الموهوب مشغولاً بحق الواهب؛ لم يجز، كما إذا وهب السرج على الدابة؛ لأن استعمال السرج إنما يكون للدابة، فكانت للواهب عليه يد مستعملةً، فيوجب نقصاناً في القبض، وإن لم يكن مشغولاً؛ جاز، كما إذا وهب دابةً مسروجةً⁵ دون سرجها؛ لأن الدابة تُستعمل⁶ بدونها. ولو وهب الدابة، وعليها حمل؛ لم يجز؛ لأنها مستعملة بالحمل، ولو وهب الحمل عليها دونها جاز؛ لأن الحمل غير مستعمل بالدابة. ولو وهب داراً دون ما فيها من متاعه؛ لم يجز، وإن وهب ما فيها وسلمها دونها؛ جاز. كذا في «المحيط».

(وإذا وهب اثنان من واحد داراً جاز)؛ لأن الموهوب له قبضها جملةً، ولا شيوع فيه؛ لأن قبض كلِّها قبضٌ لكلِّ نصفها لاشتمالها عليه.

(وهبة الواحد) داراً (من اثنين) بأن يقول: وهبت لكما هذه الدار مبهماً، أو بين، فقال: لهذا نصفها ولهذا نصفها. كذا في «المصنف». (لا يجوز) عند أبي حنيفة. وقال: يجوز.

قيده بهبة الواحد؛ لأن هبة الاثنين من اثنين غير جائزة اتفاقاً.

¹ د: تقسم.

² د: ممن.

³ ح: ولو.

⁴ د - بالدهن.

⁵ د: مسرجة.

⁶ ح: يستعمل.

وفي «المحيط»: أمّا الصدقة على اثنين؛ ف جائزة اتّفاقاً على رواية «الجامع الصغير»؛ لأن الصدقة تقع لله تعالى، والفقير نائب عنه في القبض، ولا شيوع في حقّ الله، وغير جائزة على رواية الأصل؛ لأن الصدقة تكون لله تعالى في ضمن ملك الفقير لا ابتداءً، والملك لا يثبت في الشائع، فلم يقع لله في ضمنه.

لهما: إنّ هذا تمليكٌ واحدٍ منهما، فلم يتحقّق الشيوخ، كما لو رهنها عند رجلين.

وله: إنّ هذه هبة النصف من كلٍّ منهما، فيصرف قبض كلٍّ منهما إلى نصيبه، وهو شائع، فيكون القبض ناقصاً، بخلاف الرهن؛ لأن حكمه الحبس الدائم، وقد ثبت لكلٍ منهما كاملاً، ولهذا لو قضى أحدهما دينه؛ كانت كلّها رهناً عند الآخر حتى يستوفي.

(ولو وهب لأحدهما ثلثيهما) أي: ثلثي داره، **(وللآخر الثلث) أي:** ثلث داره؛ **(أجازها) محمد.** وقالوا: لا يجوز.

وفي «الحقائق»: إنّما وضع في التّفصيل؛ إذ في الإطلاق لا يجوز عند أبي حنيفة خلافاً لهما.

ووضع في التّفصيل مع التّفصيل؛ إذ لو قال: عليّ أن يكون النصف لهذا والنصف لهذا بدون التّفصيل؛ يجوز عند أبي يوسف ومحمد.

والوضع في العقار اتّفاقيٌّ، فإنّه لو وهب لرجلين ألف درهمٍ لأحدهما ستمائة وللآخر أربعمئة؛ فالخلاف هكذا، أما أبو حنيفة ومحمد؛ فقد مرّ كلٍّ منهما ههنا على أصله السابق من تجويز هبة الواحد من اثنين وعدم تجويزها، وأما أبو يوسف؛ فلم يجوز ههنا مع تجويزه هبة الواحد من اثنين فيما سبق؛ لأن الواهب في هذه المسألة أفرد سهم كلٍّ منهما، فلم يمكن جعل السهمين هبةً دفعه، فصار واهباً للمشاع، وفيما سبق كان ممكناً لإطلاق¹ الهبة.

(وأجاز) محمد (هبة الأب مال ابنه) الصغير (بشرط عوضٍ مساوٍ قيمته) لقيمة الموهوب. وقالوا: لا يجوز.

قيّد بالأب؛ لأن هبة غيره مال الصغير بالعوض غير جائز اتّفاقاً.

وقيّد بشرط العوض؛ لأن هبته بلا عوض غير جائزة اتّفاقاً.

وقيّد بكون العوض مساوياً؛ لأن قيمة الموهوب لو كانت أكثر فاحشاً من العوض؛ لا يجوز اتّفاقاً.

له: إنّ هذه الهبة يبيح انتهاء، فيملكه الأب.

ولهما: إنّها هبة ابتداءً، وهو تبرّع، فلا يملكها.

(وإذا وهبه أبوه) أي: وهب الصغير أب الصغير شيئاً **(ملكه بالعقد)؛** لأنه في قبض الأب، فينوب قبضه عن قبض الصغير، ولا

فرق في ذلك بين أن يكون الموهوب في يد الأب أو في يد مودعه؛ لأن يد المودع كيد المالك، وإن كان في يد الغاصب أو المرتهن أو المستأجر لا يجوز؛ لأن كلاً منهم قابضٌ لنفسه، فلا يكون قبضهم كقبض الأب.

(أو أجنبي) أي: إذا وهب الصغير أجنبيّ **(قبضه أبوه) لأجله وإن لم يكن في عياله؛** لأن له ولاية التصرف في مال ابنه، وقبض

الهبة من التصرف فيه.

(ويقبض الولي)² وهو الأب ووصيه والجد الصحيح ووصيه، ولا يجوز قبض غيرهم مع وجود واحدٍ منهم، سواء كان الصغير في

عيال القابض أو لم يكن، ولو غاب هؤلاء غيبة منقطعة؛ جاز قبض من يتلوهم في الولاية إذا كان الصغير في عياله³. كذا في «التجريد».

(عن اليتيم) قيّد به؛ لأنّه لو كان للصغير أب؛ فليس لغيره القبض.

وفي «المحيط»: يجوز قبض الزوج لزوجته الصغيرة مع وجود الأب إذا بنى بها؛ لأن الأب ليس له انتزاع الصغيرة من الزوج،

فصار حضرته كغيبته، ولا كذلك غيره. وأما الأم؛ فليس لها ولاية القبض مع الأب، وإن لم يكن له حقّ انتزاع الصغير منها؛ لأن الولاية

مسلوبة عنها، وكذا لا يصحّ قبض الأجنبيّ مع وجود الأقارب؛ لأن للقريب أن ينتزع الصغير منه.

(وإن كان في حجر أمه، أو حجر أجنبيّ؛ جاز قبضهما عنه) أي: عن اليتيم، سواء كان يعقل أو لا؛ لأن لكلٍ منهما يداً معتبراً

عليه، حتى لم يصحّ انتزاعه من يده، فله حقّ التصرف النافع له، فيجوز قبضه له.

(ولو قبض) أي: الصبي ما وهب له **(بنفسه جاز) قبضه وإن كان أبوه حيّاً إذا كان يعقل؛** لأنّه تصرف نافع له، فينفذ نظراً له.

1: د: لإطلاقه.

2: ح: ويقبض.

3: ح: ولايته.

4: ح - أي.

(ولو وهب لابنه وبنته يأمره) أي: أبو يوسف الأب (بالقسمة) أي: بقسمة الموهوب بينهما نصفين؛ لأن تفضيل أحدهما في الهبة مكروه.

وفي «المحيط»: إذا كان التفضيل لزيادة فضل له في الدين؛ فلا بأس به؛ لما روي أن أبا بكر فضل عائشة رضي الله عنها على غيرها في الهبة من أولاده حالة الصحة.

وفي «الحقائق»: وضع المسألة في الهبة؛ لأن التفضيل في المحبة لا يكره اتفاقاً.

(لا كالميراث) أي: قال محمد: يجعل بينهما¹ أثلاثاً: للبتن الثلث، وللبن الثلثان اتباعاً لقسمة الشرع بعد موته.

(فصل في الرجوع في الهبة)

(ويكره الرجوع فيها) لقوله صلى الله عليه وسلم: «العائد في هبته كالكلب يعوذ في قيئه»²، وفعل الكلب يوصف بالقبح لا بالحرمة.

(ونجزة) أي: الرجوع (فيما يهبه لأجنبي) ولا يوجد فيه شيء من موانع الرجوع (بتراضيهما) أي: الواهب والموهوب له على الرجوع، (أو بحكم الحاكم)؛ لأن العقد بعد تمامه لا يفسخ إلا بفسخ من له ولاية الفسخ، وهو القاضي أو المتعاقدان، ولو استرد الواهب بدون أحدهما يكون غاصباً. وقال الشافعي: لا يجوز الرجوع إلا للأب؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «لا يرجع الواهب في هبته إلا الوالد فيما يهب لولده»³.

ولنا: قوله صلى الله عليه وسلم: «الواهب أحق بهبته ما لم يثبت منها»⁴ أي: لم يعوض عنها، وتأويل ما رواه: أن الواهب لا يستبد بالرجوع من غير تراضٍ ولا حكم حاكم، إلا الوالد، فإن له أن يأخذه من ابنه عند الحاجة من غير رضا ولا قضاء كسائر أموال ابنه.

أقول: لو أردف المصنف قول الشافعي بقوله: «لا للوالد فقط فيما يهب لولده»؛ لكان أولى؛ لأن قوله غير منفي من قولنا. (فإن هلك) أي: العين في يد الموهوب له (بعد الحكم) أي: حكم القاضي بالرجوع (لم يضمن)؛ لأنها صارت أمانة في يده بعد القضاء، فلا يضمنها إلا بالتعدي.

(ويمتنع الرجوع) أي: لا يجوز (بالمحرمة)؛ لأن الرجوع يؤدي إلى القطيعة، أراد بها: المحرمية مع الرحم؛ لأنها لو كانت بدونها كالرضاع وغيره؛ لا يمنع الرجوع.

(والزوجية)؛ لأن الرجوع معها يؤدي إلى النفرة الداعية إلى الفرقة، والمعتبر فيها حالة الهبة، حتى لو وهبت زوجته له لا ترجع إذا كانت مبانة، ولو وهبت له ثم تزوجها؛ ترجع.

(والمعاوضة)؛ لأن الواهب لما أخذ العوض؛ ظهر أن مراده من هبته ذلك، فلزم العقد به، لكن شرط فيه أن يقول دافع العوض: أخذ هذا بدلاً من هبتك كما سيجيء، وشرط أيضاً أن لا يكون العوض بعض الموهوب، حتى لو عوضه بعض الموهوب عن البعض الباقي؛ لا يسقط به الرجوع خلافاً لفر.

له: إنّه ملكه⁵ بالقبض، فصار كسائر أملاكه.

ولنا: إن حق الرجوع كان ثابتاً له في الكل، فبوصول بعضه إليه انفسخ الهبة في قدره، فلا يسقط حقه في الباقي.

(وخروجها عن ملك الموهوب له) ببيع أو هبة أو غيرهما؛ لأن تصرفه كان بتسليط من الواهب، فلا يملك إبطاله، وكذا يمنع تدبيره عن الرجوع؛ لأن المدبر لا يقبل الانتقال من ملك إلى ملك.

¹ د - بينهما.

² صحيح البخاري، الهبة 13؛ صحيح مسلم، الهبات 8.

³ سنن أبي داود، البيوع 81؛ سنن الترمذي، البيوع 62؛ سنن النسائي، الهبة 2.

⁴ سنن ابن ماجه، الهبات 6؛ مصنف ابن أبي شيبة، 235/11.

⁵ د: يملكه.

وفي «المحيط»: لو باع الموهوب له الموهوب من آخر، فردّه المشتري بعيب؛ ليس¹ للواهب أن يرجع، ولو وهبه من آخر، ثم رجع؛ فلا أول أن يرجع، والفرق: أنّ الفسخ في الشراء لم يكن حقّ المشتري باعتبار مقتضى العقد، وإنّما ثبت له لغوات سلامة المبيع، فلم يظهر حكمه في حق الثالث، وهو الواهب، وفي الهبة كان حقاً للموهوب له الأول بمقتضى عقده، فظهر الفسخ في حقّ الكلّ.

(وموت أحد المتعاقدين) أمّا بموت الموهوب له؛ فلأن الموهوب خرج عن ملكه منتقلاً إلى ورثته، وأمّا بموت الواهب؛ فلا منناع الرجوع منه، وورثته ليس بواهب، فلا يرجع.

(وحدوث زيادة متصلة) أراد بها: الزيادة في نفس الموهوب بشيء يوجب زيادة في القيمة، كالسّمَن والجمال والإسلام والعلم وغيرها، حتى لو زاد من حيث السّعر فقط؛ فله الرجوع. ولو زاد في نفسه من غير أن يزيد في القيمة، كما إذا وهب أمة، فشبت وكبرت؛ فلا رجوع؛ لأنّه زاد من وجه، وانتقص من وجه، وحين زاد سقط حقّ الرجوع، فلا يعود بعد ذلك. من «الكفاية».

وإنّما لم يصحّ الرجوع مع الزيادة؛ لأنّها ليست بموهوبة حتى يستردّ، ولا بدونها؛ لتعدّد انفصالها عن الموهوب. ولو منع القاضي الرجوع لثبوت الزيادة، ثم زالت؛ عاد للواهب حقّ الرجوع. كذا في «المحيط».

وذكر في «المنتقى»: لو نقله الموهوب له من مكان إلى مكان بالكراء حتى ازدادت قيمته؛ يرجع عند أبي يوسف؛ لأن الزيادة لم يحصل في العين، ولا يرجع عندهما؛ لأن الرجوع يتضمّن إبطال حقّ الموهوب له في الكراء.

قيّد بالمتصلة؛ إذ لو كانت الزيادة منفصلة كالولد والأرش والعقر؛ فإنّه يرجع في الأصل دون الزيادة؛ لأن الرجوع فيه لا يطلّ ملك الموهوب له في الزيادة، بخلاف زوائد المبيع حيث يمنع الردّ بالغيب؛ لأن البيع معاوضة، فلو ردّ الأصل بدون الزيادة يؤدي إلى الربا.

(لا نقصان) بالجزّ عطف على «زيادة»، أي: لا يمتنع الرجوع بحدوث² نقصان في الموهوب، سواء كان في ذاته أو في قيمته، إلا أنّ الجارية الموهوبة إذا ولدت وانتقصت بالولادة؛ لم يرجع فيها حتى يستغني ولدها. ولو وهب حلقة، فركب فيها فصّاً؛ إن أمكن نزعه بلا ضررٍ يرجع، وإلا فلا. كذا في «المنتقى».

(ولو وهب لعبد أخيه) أو لعبد غيره من كلّ ذي رحمٍ محرّم منه أو لعبد زوجته؛ **(فله الرجوع)** عند أبي حنيفة. وقالوا: لا رجوع له؛ لأن حكم الهبة. وهو الملك. ثبت لأخيه.

وله: إنّ الهبة واقعة للعبد، ولهذا اعتبر قبضه، والملك ثابت له أوّلاً، ثم ينتقل إلى مولاه، حتى لو كان العبد مديوناً لا ينتقل، ولا محرمة بين الواهب والعبد.

(كما لو وهب لأخيه وهو عبد) لأجنبيّ يرجع، وهذه المسألة وفاقية، ووجهها: أنّ عقد الهبة وإن وقع بالأصالة للأخ، لكنّ حكمه ترتّب لغيره، والمنع عن الرجوع كان لصلّة الرحم، وهي لم تحصل هنا؛ لعدم انتفاع المحرم به، فثبت الرجوع. ولو كان العبد ومولاه ذا رحمٍ محرّم من الواهب؛ فليس له الرجوع اتّفاقاً، وإن كان كلاهما أجنبيين؛ فله الرجوع اتّفاقاً. من «الحقائق»³.

(أو لمكاتب) يعني: لو وهب لمكاتبٍ أجنبيّ، **(فعجز)** فردّ إلى الرقّ، **(يجيزه)** أي: أبو يوسف الرجوع **(كما لو أعتق)**؛ لأن الهبة وقعت للمكاتب من وجهٍ ولمولاه من وجه، ولو أعتق المكاتب؛ صار ملكاً له من كلّ وجه، وجاز الرجوع بالاتفاق، فكذا إذا عجز، وصار⁴ ملكاً لمولاه من كلّ وجه.

(وخالفه) أي: قال محمد: لا يرجع؛ لأن الهبة وقعت للمكاتب حقيقة، ولهذا كان القبول والقبض إليه، وثبت الملك له ابتداءً، وبالعجز انتقل إلى مولاه، فصار كانتقاله إلى أجنبيّ.

قيّد بالعجز؛ لأنّه ما دام مكاتباً، أو أدّى فعتق؛ فله⁵ الرجوع اتّفاقاً. من «الحقائق».

وقيّدنا⁶ المكاتب بكونه لأجنبيّ؛ لأنّه لو كان لذي رحمٍ محرّم؛ لم يرجع اتّفاقاً وإن عجز. كذا في «المحيط».

¹ ح: فليس.

² د: لحدوث.

³ د - ولو كان العبد.

⁴ د: فصار.

⁵ د: له.

⁶ ح: قيدنا.

(وأبطلوه في القيمة للزيادة المتصلة) يعني: إذا امتنع الرجوع في الموهوب بزيادة متصلة أو بنحوها؛ لا يرجع في قيمته عندنا. وقال مالك: يرجع؛ لأن حق الرجوع كان ثابتاً له صورة ومالية، فإذا امتنع استرداده صورة لا يمتنع في ماليته، فيرجع كما في الغصب. ولنا: إن حق الرجوع متعلق بعين الموهوب لا بقيمته، بخلاف الغصب؛ لأن وجوب رد المغصوب كان ثابتاً في صورته وماليته؛ لكون أخذه بغير حق، فإذا عجز عن رد صورته رد قيمته.

(وجعلنا القول للواهب المنكر، لا للموهوب له في دعواها) أي: في دعوى الموهوب له أن الموهوب¹ زاد في يده زيادة متصلة، وأنكر الواهب عليها. وقال زفر: القول للموهوب له؛ لأن الواهب يدعي حق الرجوع، والموهوب له ينكره، فيكون القول له. ولنا: إن الموهوب له يدعي بطلان حق الرجوع، والواهب ينكره، فيكون القول له.

(ولو قال: خذ هذا بدلاً عن هبتك، أو في مقابلتها، أو عوضها) أو نحو ذلك مما يفيد معناه، (أو عوضه عنها أجنبي متبرعاً) بأن قال: خذ هذا بدلاً عن هبتك، (فقبض) العوض في الصورة² المذكورة، (فلا رجوع) للواهب في هبته؛ لأن غرضه - وهو المكافأة - حصل له، ولا رجوع للموهوب له أيضاً في عوضه وإن كان كثيراً أو من خلاف جنسه؛ لأن مقصوده - وهو تأكد ملكه في الهبة - حصل له.

قيّد بتصريح أنه بدل أو عوض؛ لأن ما أخذه الواهب إذا لم يكن مشروطاً في الهبة لا يكون عوضاً في الحقيقة، ولهذا لا يثبت فيه الشفعة، وجاز التعويض بأقل من الموهوب من جنسه في الرقيات، ولو كان معاوضةً لما جاز ذلك، فلا بُد من بيان الموهوب له أن ما أعطاه عوض، حتى لو لم يبيته كان هبةً مبتدأة، فيصح لكلٍ منهما أن يرجع في هبته، ولو قال: وهبتك بكذا؛ فهو بيع اتفاقاً. من «الحقائق».

وقيّد بالقبض؛ لأن التعويض تملك مبتدأ، فشرط فيه ما شرط في الهبة من القبض والإفراز. وفي «المحيط»: لا يرجع المعوض الأجنبي على الموهوب له وإن كان تعويضه بأمره؛ لأن الأمر بما هو تبرع في نفسه لا يوجب الضمان، إلا إذا قال: عوض عني على أي ضامن.

(ولو استحق نصف الهبة) أي: الموهوب (رجع) الموهوب له (بنصف العوض) إن كان قائماً، وبقيمته إن كان هالكاً؛ لأن مقصوده من التعويض أن يصير الموهوب ملكاً مؤكداً، فإذا لم يسلّم له رجع بالعوض. (أو كل العوض) أي: لو استحق كل العوض (رجع في الهبة) أي: في الموهوب إن كان قائماً؛ لأن المانع عن الرجوع قد زال، ولم يرجع بقيمته إن كان هالكاً؛ لأن مقصوده من الهبة التوؤد، وقد حصل.

(أو نصفه) أي: لو استحق نصف العوض (منعناه من الرجوع إلا أن يرد الباقي) أي: باقي العوض، فيرجع في الموهوب. وقال زفر: يرجع في الموهوب بقدر المستحق قياساً على رجوعه في العوض إذا استحق نصف الموهوب.

ولنا: إن بعض العوض إذا استحق يكون باقيه عوضاً عن كل الموهوب؛ لأن ثبوت أصل الملك للموهوب له مستغني عن العوض، فيصير كل جزء من العوض مقابلاً لجميع الهبة، فلا يرجع، ولكن يثبت للواهب الخيار؛ لأنه ما رضي بسقوط حقه في الرجوع إلا بسلامة كل العوض له.

وفي «الأسرار»: هذا إذا لم يكن العوض مشروطاً في العقد، وإن كان وقد استحق بعض العوض؛ فإنه يرجع بقدر ما استحق. وفي «الحقائق»: إنما وضع في استحقاق النصف؛ لأنه لو استحق كله يرجع بكل الهبة اتفاقاً³. (وإذا تلف الموهوب واستحق) يعني: إذا هلك الموهوب في يد الموهوب له، ثم ظهر مستحق، (وضمن الموهوب له) قيمته للمستحق بهلاكه⁴ عنده، (لم يرجع على الواهب) ما ضمنه؛ لأن الهبة عقد تبرع، فلا يشترط فيه السلامة.

1 د + إذا.

2 د: الصورة.

3 د - وفي الحقائق: إنما وضع.

4 ح: لهلاكه.

(وإذا شرط العوض) بأن قال: وَهَبْتُكَ عَلَى أَنْ تَعُوْضَنِي كَذَا؛ (اعتبرنا حكم الهبة قبل القبض) فيشترط التفاضل في العوضين، ويطلب¹ بالشيوخ، (والبيع بعده) أي: اعتبرنا حكم البيع بعد القبض، فيردّ بالعيب وخيار الرؤية، ويؤخذ بالشفعة. (لا البيع مطلقاً) أي: قال زفر: له حكم البيع قبل القبض وبعده؛ لأن التملك بعوض في معنى البيع، والمعتبر في العقود هو المعنى.

ولنا: إنه اشتمل على جهتين، فيجمع بينهما مهما أمكن عملاً بالشبهين، فيكون ابتداءه معتبراً بلفظ الهبة، وانتهاءه معتبراً بمعناه. (ولو ضحى بالموهوب أو نذر التصدق به) يعني: من وهب شاةً لرجلٍ، فقبضها، ثم ضحى بها، أو قال: لله عليّ أن أتصدق بهذه الشاة، فأراد الواهب الرجوع؛ (يسقطه) أي: أبو يوسف الرجوع؛ لأنها خرجت من ملكه إلى الله بتعنيها² للقربة، فصار كما لو تصدق به وسلمها. وقالوا: لا يسقط الرجوع؛ لأنها لم تخرج عن ملكه بالتعيين، فيصح رجوعه، كما في النصاب الموهوب إذا وجبت فيه الزكاة، بخلاف ما لو سلمها؛ لخروجها عن ملكه حينئذٍ. فإذا رجع الواهب لا ضماناً على الموهوب له؛ لأن الاستحقاق بمنزلة الهلاك كما في نصاب الزكاة، بخلاف ما لو نذر بتصديق بدنة، فنحر بدنة موهوبة له. فإذا رجع الواهب؛ فعلى الموهوب له قيمتها منحورة؛ لأنه بالنذر أزم عليه تصدق لحم فارغ، وهذا المحل مشغول بحق الواهب، فلم يوجد الوفاء بالمنذور. كذا في «المحيط».

قيّد بالتضحية؛ إذ لو ذبح من غير تضحية؛ يبقى حق الرجوع اتفاقاً. وإذا صح الرجوع في التضحية جازت التضحية عن الموهوب له؛ لأن رجوع الواهب فيها بمنزلة هبة الموهوب له الشاة المذبوحة من الواهب³. من «الحقائق».

(ولو وهب عبده المديون من رب الدين) فقبضه، (فسقط دينه) أي: الدين عن العبد؛ لامتناع أن يثبت للمولى على عبده دين، (ثم رجع فيه) أي: الواهب في العبد؛ (يعيده) أي: أبو يوسف الدين؛ لأن بطلان الدين على العبد؛ لأن بطلان الدين كان لعلة الملك، فإذا بطل الملك بالرجوع بطل معلوله. (وأبطله) أي: قال محمد: لا يعود الدين؛ لأن الساقط لا يعود، كما قليل نجس إذا دخل عليه الماء حتى كثر وسال، ثم عاد إلى القلة؛ لا يعود نجسًا.

(ومنع) محمد رحمه الله (من الرجوع) أي: من رجوع الواهب في العبد (في رواية) أي: رواية هشام عنه؛ لأن سقوط الدين عن العبد صار كزيادة متصلة به، فيمنع الرجوع فيه.

(أو جارية) أي: لو وهب جارية (إلا حملها؛ صح الهبة لا الاستثناء) فيدخل الحمل في هبتها؛ لأنه تبع لها لتزله منزلة الوصف، فيكون استثناءه شرطاً فاسداً، والهبة لا يبطل بالشرط الفاسد؛ لأنه صلى الله عليه وسلم أجاز العمري، وأبطل شرط المعمر⁴. ولو أعتق الحمل ثم وهب الأم؛ جاز، ولو دبره ثم وهبها؛ لم يجز، والفرق: أن الحمل بالإعتاق خرج عن ملك الواهب، فلم يتصل الموهوب بملكه، والمدبر مملوك للواهب، واتصاله بالموهوبة يمنع صحة الهبة.

(فصل في العمري والصدقة)

(وتجوز العمري) وهي هبة شيء مدّة عمر الموهوب له أو الواهب بشرط أن يعود إليه أو إلى ورثته إذا مات الموهوب له. (للمعمر) وهو بفتح الميم الثاني⁵: من وهب له بهذه الهبة، يعني: يكون الموهوب للمعمر (في حياته، ولورثته من بعده، ويبطل الشرط) أي: شرط العود إلى الواهب؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «العمري ميراث لمن وهب له»⁶.

(ويجوز) أبو يوسف (الرقبي) وهي أن يقول: داري لك رقبى، معناه: إن متّ قبلي فهي لي، وإن متّ قبلك فهي لك، كان كل واحدٍ منهما يراقب موت الآخر وينتظره. إنما جازت؛ لأن قوله: داري لك هبة وتمليك في الحال كالعمري، فيبطل اشتراط استرداده. (وأبطلها)؛ لأن معناها تمليك مضاف، وتعليق الملك غير جائز، فيكون الدار عارية عندهما، والموهوب له مأذوناً في الانتفاع بها، بخلاف العمري، فإنها تمليك في الحال، والتعليق بعده لا يُفسدُها.

وعلى هذا الخلاف لو قال: داري لك حبيس، وهي من مسائل «المنظومة»، وقد أهملها المصنف، ولو لم يردف قولهما؛ لكان أحسن؛ لكونه في طرف النفي من قوله.

¹ د: وتبطل.

² د: بتعنيها.

³ د - وإذا صح الرجوع في التضحية.

⁴ المحيط البرهاني لابن مازة، 261/6. وأخرج بلفظ «العمري جائزة»، انظر: صحيح البخاري، الهبة 30؛ صحيح مسلم، الهبات 30.

⁵ د - الثاني.

⁶ صحيح مسلم، الهبات 31؛ مسند أحمد بن حنبل، 429/2، بمعناه.

(ولو قال: جميع مالي أو ما أملكه لفلان؛ كان هبة)؛ لأن مملوكه إنما يكون ملكاً لغيره بالتَّمليك. وفي «التوازل»: لو قال: جميع ما في منزلي لفلان، وله دوابٌ وغلمانٌ في الرستاق: إن كانوا يذهبون بالنهار ويأوون بالليل إلى ذلك المنزل؛ يدخلون في إقراره. (أو بما ينسب إليّ أو يعرف بي) يعني: لو قال: ما هو منسوبٌ إليّ أو معروفٌ بأنه في يدي فهو لفلان (كان إقراراً)؛ لأنه لا يفهم منه التَّمليك، وإنما المفهوم منه أنه ملكٌ لفلان، ولكنه منسوبٌ إليه، فيكون إقراراً. ويشتَرطُ القبضُ في الصدقة؛ لأنها تبرُّعٌ لا يصحُّ إلا بالقبض. أوردته بصيغة الوفاق مع أن لمالكٍ فيه خلافاً كما سمعت في أول الباب¹.

(ولا تصحُّ في مشاعٍ) يحتتمل القسمة (كالهبة، ولا رجوعٌ فيها) أي: في الصدقة؛ لأن المقصود منها هو الثواب، وقد حصل. (بعد القبض، ولا في الهبة) أي: لا رجوعٌ في الهبة (للفقير)؛ لأنها في المعنى صدقةٌ؛ إذ المقصود منها الثواب، (ولا الصدقة) بالجر، أي: لا رجوعٌ في الصدقة (على الغني)؛ لأنه يراد به الثواب؛ إذ قد يكون لمالكٍ نصابٌ عيالٍ كثيرٌ، والناسُ يتصدقون عليه لنيل الثواب. (ويجوز الصدقة على فقيرين)؛ لأن الفقير مصرفٌ، والآخذ واحدٌ، وهو الله، كما قال تعالى في شأنه: ﴿وَيَأْخُذُ الصَّدَقَاتِ﴾ [التوبة، 104/9].

(وهي) أي: الصدقة مما يقسم (على غنيين لا تجوز) عند أبي حنيفة. وقالوا: تجوز قياساً على الصدقة على فقيرين. وله: إنَّ الصدقة على الغني هبةٌ معنيٌ، والهبة من اثنين لا تجوز عنده. اعترض في هذا المقام: بأنَّ هذا الكلام منافيٌ لما سبق؛ لأن الصدقة على الغني إذا كان كالهبة له معنيٌ؛ كان القياس أن يجوز الرجوع فيها كما جاز في الهبة له، مع أنه قال فيما سبق: «لا رجوع في الصدقة على الغني». أقول: يمكن أن يقال: في الصدقة على غنيٍّ جِهتان: من جهةٍ لفظها يفهم أنَّ غرضَ المتصدق الثواب، ومن جهةٍ معناها يفهم أنَّ غرضه العوض؛ إذ هو الظاهر، فاعتبر الإمام الأعظم ههنا جانب المعنى؛ لأنه هو المعتبر في العقود، وفيما سبق اعتبر جانب اللفظ، ولم يجز الرجوع لكونه مكروهاً. (ولم يعينوا الثلث على من نذر التصدق بماله أو ملكه) وقال مالكٌ: يجب عليه إخراج الثلث؛ لأن في إيجاب الكلِّ إضراراً به، والثلث هو المقدَّر في الوصايا.

(ولا عمئنا) يعني: ما أوجبنا إعطاء الجميع. وقال زفر: يجب اعتباراً لعموم اللَّفظ كما في الوصية. (بل يخرج في المال) أي: الناذر عندنا في نذره بماله (جنس ما يزكي) أي: جنس ما تجب فيه الزكاة كالنقدين وعروض التجارة والسوائم، فيتصدق بها دون غيرها؛ لأن الله تعالى أوجب الصدقة، فاعتبر إيجابه بإيجاب الله، بخلاف الوصية؛ لأن الشرع لم يوجبها في المال.

وفي «المحيط»: لو كان له ديونٌ على الناس؛ لا يدخل في الصدقة؛ لأنه ليس بمالٍ مطلقٍ، وأما الأراضي العشرية؛ فداخلَةٌ عند أبي يوسف، والأراضي الخراجية؛ فغيرُ داخلَةٍ بالإجماع. (وفي الملك الكلِّ) يعني: يخرج الناذر في نذره أن يتصدق بملكه جنس ما يزكي وغيره؛ لأن الشرع لم يوجب الصدقة في الملك حتى يعتبر إيجاب العبد به، فاعتبر عموم اللَّفظ. (ويحبس) الناذر (قدر التَّفقة) لنفسه وعياله (إلى أن يكتسب) مالا؛ لأنه لو تصدق الكلِّ من أول الأمر احتاج إلى السؤال أو الموت جوعاً، وهو ضررٌ فاحشٌ. (فيخرج مثله) أي: مثل قدر النفقة؛ لأنه استهلك من مالٍ لزمه التصدق، فصار ديناً في ذمته، كما لو استهلك مالَ الزكاة تبقى الزكاة ديناً عليه.

قالوا: إن كان دهقاناً يمسك قوت سنة؛ لأن القوت له يتجدد² في كلِّ سنة، وإن كان تاجرًا يمسك قوت شهر؛ لأن التجارة تنفق³ في بعض الأحيان، فقدر بشهر، وإن كان محترفاً يمسك قوت يومه. والله أعلم.

(كتاب الوقف)

¹ د - أوردته بصيغة الوفاق مع أن لمالكٍ فيه خلافاً كما سمعت في أول الباب.

² د: تتجدد.

³ ح: تنفق.

وهو في اللغة: الحبس.

وفي الشرع: حبس العين على ملك الواقف والتصديق بالمنفعة عند أبي حنيفة، فيجوز رجوعه كالعارية، وبورث عنه. وعندهما: حبس العين عن التملك مع التصديق بمنفعتها، فيكون العين زائلة إلى ملك الله تعالى من وجهه.

(الوقف جائز) روي عن أبي حنيفة: أنه غير جائز؛ لأن الوقف تصديق بالمنفعة، وهي معدومة، فتصدقها غير متصور، لكن الرواية الصحيحة عنه: أنه جائز.

فإن قلت: إذا كان جواز اتِّفَاقًا على هذه الرواية، فكيف أوردته بالجملة الاسمية الدالة على خلافهما؟ قلنا¹: هذه الجملة في معنى نسبة رواية، فلا تدل² على الخلاف؛ لأن قوله: «ولزومه» يدل على جواز الوقف عنده، فيكون قوله: «والوقف جائز» في معنى ترجيح هذه الرواية عنه.

(ولزومه) أي: لزوم الوقف بأن لا يصح للواقف رجوعه ولا لقاضٍ آخر إبطاله **(بالقضاء)** أي: بحكم الحاكم، وطريقه: أن يريد الواقف الرجوع بعدما سلّمه إلى المتولي محتجًا بعدم لزوم عند أبي حنيفة، فيختصمان إلى القاضي، فيقضي باللزوم على قولهما، فيلزم؛ لأنه قضى في محلٍّ محتجّ به. ولو حكّمًا رجلًا، فحكم يلزمه؛ فالصحيح: أن الوقف لا يلزم به.

(أو بعد الموت إذا علق به) أي: بالموت، كأن قال: إذا مت فقد وقفْتُ داري على كذا، وهذا الوقف إنما يكون لازماً بعد الموت بالاتفاق، لا قبله؛ لأنه بمنزلة الوصية بالعلّة، ولزوم الوصية إنما يكون بعد الموت.

وفي «الخانية»: قال الطحاوي: الوقف في مرض الموت كالمعلق بما بعد الموت، والصحيح: أنه بمنزلة الوقف في الصحة، فلا يلزم عنده، ويلزم عندهما من الثلث؛ لأن حقّ الورثة تعلق بماله، بخلاف وقف الصحة، إلا أن يقول: وقفتها في حياتي وبعد مماتي مؤبّدًا، فحينئذ يكون لازماً عنده، ويصير الأبد فيه³ كعمر الموصى له بالخدمة في لزوم الوصية بعد الموت، فعلى هذا لا يكون لزوم الوقف منحصرًا في القيدتين المذكورين.

ذكر الإمام السرخسي: والذي جرى الرسم في زماننا: أنهم يكتبون إقرار الواقف بأن قاضيًا قضى بلزوم هذا الوقف؛ فليس بشيء؛ لأن إقراره لا يصير حجّة على القاضي الذي يريد إبطاله.

وفي «المحيط»: لو قال: إن مت من مرضي هذا فقد وقفْتُ داري على كذا؛ لا يصح؛ لأن تعليق الوقف بالشّروط غير جائز؛ لِمَا فِيهِ مِنْ مَعْنَى تَمْلِكِ الْعَلَّةِ مِنَ الْفُقَرَاءِ. ولو قال: إن مت فاجعلوا هذه الدار وقفًا؛ يصح؛ لأن هذا تعليق التوكيل بالشّروط، وهو جائز.

(وقال: هو لازم مطلقًا) أي: سواء وجد أحد القيدتين المذكورين أو لا؛ لأنه قصد بالوقف استدامة الخير، فوجب أن يخرج عن ملكه، ويخلص لله تعالى، كما لو جعل داره مسجدًا يكون خالصًا لله تعالى.

وله: إن غرضه التصديق بمنفعة ماله، وإذا يقتضي بقاءه على ملكه، ولهذا اعتُبر شرط الواقف فيه، وبقي تديريته بعده في نصب القيم وتوزيع العلة، بخلاف المسجد، فإنه خالص لله تعالى، ولهذا لا ينتفع به بشيء من منافع الملك.

(فيخرجه) أي: أبو يوسف الوقف **(عن ملكه بالقول)** أي: بمجرد قوله: وقفتها **(من غير تسليم إلى وليّ)**؛ لأن الوقف إزالة الملك للتقرب لا للتملك من الله تعالى حقيقة؛ لأنه غير متصور، فيصح بدون التسليم كالإعتاق، ومشايخنا أخذوا به ترغيبًا. **(وشروطه)** أي: قال محمد: لا بُدَّ من التسليم إلى المتولي؛ لأن تملكه من الله تعالى قصدًا غير متحقّق، فإنما يثبت في ضمن التسليم إلى العبد كالصدقات، ومشايخ بخارى أخذوا بقوله.

وفي «الخانية»: التسليم إلى الموقوف عليه كالتسليم إلى المتولي.

(ويجيزه) أي: أبو يوسف الوقف **(في المشاع)**؛ لأن الوقف عنده إسقاط الملك، والشيوخ لا يمنعه. **(ومنع)** أي: محمد وقف المشاع **(فيما يحتمل القسمة)**؛ لأن القبض عنده شرط، وهو لا يتم مع الشيوخ كالصدقة والهبة.

(ولا يجوز) أي: وقف المشاع اتِّفَاقًا **(في المسجد والمقبرة)**؛ لأنه لو جاز؛ لاحتيج إلى المهابة، بأن يصلى في المسجد يومًا، ويكون إصطبلًا يومًا، ويدفن في المقبرة سنةً، وينبش ويرع أخرى، وذا قبيح، بخلاف سائر الأوقاف؛ لأن المهابة في استغلاله غير قبيح.

1 ح: قلت.

2 ح: يدل.

3 د: منه.

(ويُجيز شرط المنفعة والولاية لنفسه) يعني: جاز للواقف عند أبي يوسف أن يشترط¹ انتفاعه من² وقفه وتوليته لنفسه؛ لما روي أنه صلى الله عليه وسلم كان يأكل من صدقته³ أي: وقفه، ولا يحل ذلك إلا بالشرط، فعلم أنه مشروع، إلا أنه لو لم يكن أميناً؛ فللقاضي عزله، ولو كان شرط الواقف أن لا يعزله أحد؛ لا يُلْتَفَتُ إليه؛ لأنه مخالفٌ للشَّرْعِ دفعاً للضَّرَرِ عن الفقراء، ولو صار عدلاً بعده؛ لا ينتقل الولاية إليه. كذا في «المحيط».

(وخالفه فيهما) أي: محمدٌ أبا يوسف في الشرطين، ولم يجوّزهما، أما في شرط المنفعة؛ فلأن في الوقف معنى التمليك عنده، والتمليك من نفسه غير متحقق؛ فلا يجوز. وأما في شرط الولاية؛ فلأن التسليم عنده شرط، واشتراط الولاية لنفسه ينافيه. ذكر محمدٌ في «السير الكبير»: لا ولاية للواقف، والولاية للقيم، وكلام المتن مشعرٌ بأن الخلافَ فيما إذا شرط الولاية لنفسه، وكلام «المحيط» و«الهداية» و«التنمية» وغيرها يُفصَحُ بأن لا خلافَ أنه إذا شرط الولاية لنفسه يصح، وإنما الخلافُ فيما إذا لم يشترط لنفسه.

ويمكن أن يُقال: وضع في المسألة فيما إذا وقف وشرط الولاية لنفسه وسلم، فلا يكون اشتراط الولاية لنفسه منافياً للتسليم.

(ويجيزه) أي: أبو يوسف الوقفَ (من غير ذكر التأييد⁴، ويكون للفقراء وإن لم يُسمِّهم) وقال: لا يجوز.

قيدٌ بالذكر؛ لأن نفس التأييد شرط اتِّفَاقًا.

وقيد بالفقراء؛ لأن الغني ليس بمصرفٍ للوقف، حتى لو صحَّ الوقف على الأغنياء وحدهم لا يجوز، ولو وقف على طائفةٍ من الأغنياء، ثم بعدهم على الفقراء؛ يجوز، فيعتبر شرطه، فيكون صلة للأغنياء. كذا في «المحيط».

له: إنَّ الوقفَ لإزالة الملك إلى الله تعالى، وذا يقتضي التأييد، فلا حاجة إلى ذكره كالإعتاق.

ولهما: إنَّ الوقفَ تصدُّقٌ بالمنفعة، وذا يحتمل أن يكون مؤقَّتًا ومؤبَّدًا، فلا بُدَّ من التَّنْصِيصِ.

اعلم أنَّ الخلافَ فيما إذا وقف مطلقًا أو على شخصٍ بعينه، ولم يذكر معه اسم الله، أو لفظ الصدقة، حتى لو قال: هذه موقوفةٌ لله، أو قال: هذه صدقةٌ موقوفةٌ على فلان؛ جاز الوقف اتِّفَاقًا؛ لأن المراد من ذكر اسم الله أن يكون للفقراء عادةً.

وكذا عرِفَ من ذكر الصدقة أنه أراد به: الوقف على الفقراء دلالةً؛ لأن الصدقة إنما تكون للفقراء، فذكر فلان يدلُّ على أنه يختصُّ بالعلَّة ما دام حيًّا، فمتى مات يُصرف إلى الفقراء. كذا في «المحيط».

(ولا ندخله في ملك الموقوف عليه) وفي أحد قولي الشافعي: تدخل⁵ الموقوفة في ملك الموقوف عليه إن كان معيَّنًا، لكن

ليس له أن يبيعه؛ إذ لو لم يكن كذلك لكان مسيَّبًا؛ لأن ملك الواقف زال عنه، وذا لا يجوز.

ولنا: إنَّ الوقفَ ليس بتمليك، ولهذا لم يجز للموقوف عليه أن يبيعه كسائر أملاكه، فلا يدخل في ملكه، وما ذكره منقوضٌ بالبعد المشتري للخدمة الكعبة.

وفائدة هذا الخلاف تظهَرُ فيما إذا كان الموقوف عبدًا، وتعلَّط عن الكسب، فنفقته على الموقوف عليه عند الشافعي، وفي بيت المال عندنا.

(ويزيل) أبو يوسف (ملكه عن المسجد) يعني: عمَّا بناه على نيَّة كونه مسجدًا (بقوله): جعلته مسجدًا؛ لأن الوقف عنده

إسقاطُ الملك. (وشرطاً) في زوال الملك عنه (إفرازه) أي: تمييزه عن ملكه؛ لأن المسجدَ مجعولٌ لله تعالى، ولهذا لم يشترط⁶ أبو حنيفة فيه القضاء أو الإضافة إلى ما بعد الموت، ولا يكون خالصًا لله تعالى إلا بالإفراز.

(وصلاة واحد أو جماعة فيه بإذنه) يعني: شرطاً أيضاً في صيرورته مسجدًا أن يصلي واحدٌ فيه بعد إذنه للناس بالصلاة فيه؛

لأن صلاة كلِّهم فيه متعدِّدٌ، فباب الواحد مناب الكل. وفي روايةٍ عنهما: الشرطُ هو الصلاةُ بجماعةٍ جهراً بأذانٍ وإقامةٍ، حتى لو صلوا سرّاً بلا أذانٍ وإقامةٍ؛ لا يصيرُ مسجدًا. ولو جعل له إمامًا ومؤذناً، وهو رجلٌ واحدٌ، فصلى فيه بأذانٍ وإقامةٍ؛ صار مسجدًا اتِّفَاقًا؛ لأن

¹ د: يشرط.

² د: ممن.

³ الهداية للمرغنياني، 3/19. وأخرج ابن أبي شيبة في مصنفه 76/20 بلفظ: «أن في صدقة النبي صلى الله عليه وسلم: يأكل منها أهلها بالمعروف».

⁴ د: تأييد.

⁵ ح: يدخل.

⁶ ح: يشرط.

الصلاة على هذا الوجه كالجماعة، ألا يرى أن المؤدّن لو صَلَّى في المسجد على هذه الهيئة ليس لمن يجيء بعده أن يصلي بالجماعة في ذلك المسجد على تلك الهيئة. وهذه الرواية هي الصحيحة؛ لأن المساجد إنما بُنيت لإقامة الصلاة بالجماعة. اعلم أن هذا الشرط فيما إذا لم يسلمه إلى قبم، حتى لو سلمه؛ فالأصح: أن قبضه ينوب عن قبض الناس، ويصير به مسجدًا بلا أن يصلي فيه. كذا في «المحيط».

(إفراز الطريق شرط) يعني: إذا جعل وسط داره مسجدًا، فأذن الناس بالصلاة فيه؛ لا يكون مسجدًا عند أبي حنيفة إلا بأن يميّز طريقه؛ لأن ملكه مختلطٌ بجوانبه، فإذا لم يفرز عن حق العبد لا يكون خالصًا لله، ولهذا لو جعل أرضه مسجدًا، ثم استحق منها جزء شائع؛ يعود الباقي إلى ملكه. وقالوا: يصير مسجدًا بدون الإفراز؛ لأن الانتفاع به إنما يكون بالطريق، فلما رضي بكونه مسجدًا دخل فيه طريقة بالضروة، كما يدخل في الإجارة بلا ذكره².

(ولو خرب ما حوله) أي: ما حول المسجد بهلاك أهله، **(واستغني عنه؛ لا يعيده ملكًا)** أي: قال أبو يوسف: لا يكون المسجد ملكًا لبانيه أو لورثته؛ لأن ملكه سقط عنه، فلا يعود، ألا يرى أن الكعبة في زمان الفترة خرب ما حولها بعبدة الأصنام، ولم يرجع إلى ورثة الباني؟ **(وخالفه)** محمد؛ لأن ما هو المقصود منه. وهو الصلاة. انقطع، فخرج عن أن يكون مسجدًا، كالمحصّر إذا بعث الهدى، ثم زال الإحصار، وأدرك الحج؛ يفعل ما يشاء.

قيل: الخلاف فيما إذا لم يطمع أن يعود إليه أهله، وأما إذا طمع؛ فلا يكون ملكًا اتفاقًا. كذا في «المحيط».
حكى أن محمدًا مرّ بمزبلة، فقال: هذا مسجد أبي يوسف، ومرّ أبو يوسف على إصطبل، فقال: هذا مسجد محمد. وفي «الكفاية»: هذه الحكاية من وضع الجهلة، وليس من شأنهم الطعن.

قيّد بحول المسجد؛ لأن الموقوف لو كان جنازة أو مغتسلًا في محله، فهلك أهلها؛ لا³ يرث إلى الورثة اتفاقًا، بل يحمل إلى محلة قريبة منها؛ لأن نقله ممكنٌ لينتفع الناس به، والمسجد ليس كذلك.

(واللزوم) أي: لزوم الوقف **(في الرباط)** وهو ما بينى لسكنى أبناء السبيل، **(والخان)** وهو المبنى للتجار. كذا قاله الجوهري.
(والسقاية) وهي الموضع الذي يسقى منه، **(والمقبرة بالحكم)** أي: بحكم القاضي عند أبي حنيفة كما مرّ بيانه. **(ويجعله بالقول)** أي: قال أبو يوسف: يلزم الوقف في الأشياء المذكورة بقوله: وقتتها⁴؛ لما مرّ من أن التسليم عنده ليس بشرط. **(لا باستعمالها فيما وضعت له)** أي: قال محمد: إذا سكن في الخان والرباط وشرب من السقاية ودُفن في المقبرة؛ يكون وقفها لازمًا؛ لأن قبض الكلّ متعدّد، فأقيم قبض الواحد مقام الكلّ، ويستوي فيه الغني والفقير؛ لأنّها في العرف يكون عامّة، والمعروف كالمشروط، وكذا لو وقف داره لسكنى طلبة العلم، وأما لو وقف أرضًا يُصرف⁵ غلّتها إلى طلبة العلم لا تُصرف⁶ إلى الغنيّ منهم؛ لأن في تمليك الغلّة يراد به الفقراء عادةً، بخلاف ما لو أوصى بثلث ماله لطلبة العلم وهم يحصون؛ يستوي فيه الغنيّ والفقير؛ لأن المراد من الوصية: الصلّة، وهي يتحقّق للغنيّ أيضًا، وإن كانوا لا يحصون؛ تصرف⁷ إلى ذوي الحاجة منهم. كذا في «المحيط».

أقول: المفهوم من المتن: أن اللزوم في وقفية الأشياء المذكورة يثبت بالاستعمال عند محمد رحمه الله، ولا يكفي⁸ فيه التسليم إلى المتولّي كما في سائر الأوقاف، وهو مختار شمس الأئمة السرخسي، فعلى هذا لو قال: وشرط في اللزوم استعمال الرباط والخان والسقاية والمقبرة فيما وضعت له؛ لكان أقصر وأسلم من التكرار؛ لأن قولهما كان معلومًا مما سبق. وأما قول المصنف في «شرحه» في هذا المقام: ولو سلّمها إلى المتولّي جاز؛ لأن فعله ينوب عن مناب الموقوف عليه؛ فمشعرٌ بأن تسليم هذه الأشياء إلى المتولّي كافٍ في اللزوم، فيبينها مخالفةً.

1 ح: بينى.

2 د: ذكر.

3 د: إلى.

4 ح: وقتت.

5 ح: ليصرف.

6 ح: يصرف.

7 ح: يصرف.

8 د: يكفي.

(ولا نجيزُ وقفَ كلِّ عينٍ معيّنةٍ مملوكةٍ قابلةٍ للنقل مفيدةٍ باقية) يعني: العينُ الموصوفةُ بالصفات المذكورة لا يجوز وقفُها كلياً عندنا، بل إنّما يجوزُ إذا كانت عقاراً عند أبي حنيفة؛ لأن وقفَ المنقول لا يتأبّد، ولا بُدُّ من التأييد فيه، ويجوز في بعض المنقولات أيضاً عندهما. وقال الشافعي: يجوز وقفُ كلِّ عينٍ موصوفةٍ بالصفات المذكورة؛ لأن المقصودَ من الوقف الانتفاع، وكلُّ ما يمكن أن يُنتفعَ به يجوزُ وقفُه.

عُرف من القيد الأول: أنّ وقفَ ما في الذمّة لا يجوزُ، وكذا وقفُ المنافع.

ومن الثّاني: أنّ وقفَ المجهول لا يجوزُ.

ومن الثّالث: أنّ وقفَ غير المملوك لا يجوزُ.

ومن الرابع: أنّ وقفَ أمّ الولد لا يجوزُ.

ومن الخامس: أنّ وقفَ ما لا يُنتفعُ به لا يجوزُ.

ومن السادس: أنّ وقفَ الطعام والدرهم لا يجوزُ؛ لأنّها لا يبقى عند الانتفاع بهما.

ولا خلاف لنا في هذه القيود إلا في القيد الرّابع، فعندنا: الوقفُ لا ينتقل إلى ملك الموقوف عليه، فلا يُشترطُ كونه قابلاً للنقل، وعنده ينتقل، فيشترطُ كونه قابلاً له.

أقول: لو قال: ولا نجعلُه ملكاً للموقوف عليه؛ لكان أولى، وأيُّ حاجةٍ إلى إيراد هذه القيود المتفق عليها، بل لا حاجةٍ إلى إيراد هذه المسألة.

وعن زفر: إنّ وقفَ الطعام والدرهم جائزٌ، بأن يباع الطعامُ، فيدفع ثمنه مضاربةً، وكذا يدفع الدرهمُ، ويصرفُ ما رُبِحَ على الوجه الذي وقف عليه.

(فيجوزُ وقفُ العقار) اتّفاقاً؛ لأنّه متأبّد.

(ووقفُ المنقول باطلٌ) عند أبي حنيفة؛ لعدم تحقّق التأييد فيه. (وقالوا: يجوز ما كان تبعاً، كآلات الحرث والبقر وعبيده الأكرة) بالفتحات، جمع الأكر، وهو الرّاعُ (مع الضّبيعة) وهي المزرعة، كما جاز بيعُ الشرب تبعاً للأرض. قيّد بالتبعية؛ لأنّه لو وقف أرضاً بجميع ما فيها وفيها ثمرةٌ قائمةٌ وقت الوقف؛ لا يدخل في الوقف؛ لأنّها ليست¹ من توابع العقار، ولكن يلزم التصدّقُ بها على الفقراء على معنى التّدنر. كذا في «المحيط».

(وأجاز) أي: محمّدٌ وقف (ما يتعارفُ وقفه، كالمصاحف والكتب والفأس والقُدوم) بفتح القاف، وهو ما ينحت به الشجرُ، (والقدور) جمع قدر، (والجنّازة) بكسر الجيم، وقيل: بفتحها، هو السريزُ لحمل الميت، وكذا ثيابها، (والكراع) وهو الخيلُ، في حكمه الإبلُ، (والسلاح) وكذا الدّروع. وإنّما أجازَه مع أنّ القياسَ أن لا يجوز لانعدام التأييد والتبعية في هذه الأشياء؛ لوجود تعامل الناس في وقفها، والقياسُ قد يُتركُ بالتعامل كالاتصناع.

أقول: يُفهم من المتن أنّ وقفَ الكراع والسلاح غيرُ جائزٍ عند أبي يوسف، والمذكورُ في «الهداية»: أنّ وقفَ الكراع والسلاح والدّروع جائزٌ عند أبي يوسف؛ لورود الأثر في هذه الثلاثة، وهو ما روي أنّ عمر رضي الله عنه شكى من خالد بن الوليد حين منع منه الرّكّاة، فقال صلى الله عليه وسلم: «لا تظلموا خالدًا، فإنّه حبس أكراعه وأعتدّه في سبيل الله»²، ويروي: «دروعه»، الأعتد: آلاث الحرب، والقياسُ إنّما يُتركُ بالنصِّ، والنصُّ ورد في هذه الثلاثة، فيبقى فيما وراءه على القياس. (ويفتى به) أي: بقول محمّد.

(ولا يجوزُ تمليكُه) أي: تمليكُ الموقوف لغير الموقوف عليه.

قيّدنا به؛ ليكون الحكم اتّفاقياً؛ لأن الوقفَ إزالةُ الملك لا إلى مالكٍ كالإعتاق.

(ويجيز) أبو يوسف (القسمّة في المشاع) يعني: إذا كان الوقفُ مشاعاً، وطلب الشريكُ القسمّة؛ تصحُّ³ مقاسمته عند أبي

يوسف خلافاً لهما.

لهما: إنّ في القسمّة معنى البيع، والتمليكُ في غير المثليات، وهو في الوقف، ممتنعٌ.

¹ د: ليس.

² صحيح البخاري، الرّكّاة 32، 48؛ سنن أبي داود، الرّكّاة 22 بمعناه.

³ ح: يصح.

وله: إنَّ القسمةَ تمييزٌ وإفرازٌ، غايةٌ ما في الأمر: أنَّ الغالبَ في غير المكيل والموزون معنى المبادلة، إلاَّ أنَّه جُعِلَ في قسمة الوقف معنى الإفراز غالبًا نظرًا للوقف، فلم نجعلها¹ في معنى البيع والتمليك.

(ويبدأ بعمارتها) أي: بعمارة الوقف (مطلقًا) أي: سواءً شرط الوقف ذلك أو لم يشترطه؛ لأن مقصود الوقف الانتفاع بما وقفه على التأييد، وهو إنَّما يحصلُ ببقائه، فجعل الوقفُ شرطًا دلالةً، ولو كان شرطُ الوقف لا يزيدُ على ما شرطه.

(فإن وقف دارًا على سكنى ولده؛ عمرها ساكنها) لانتفاعه بها، (فإن امتنع) أي: الولدُ عن عمارتها، (أو افتقر) ولم يقدر عليها، (آجرها الحاكم، وعمرها) بأجرتها، (ثم ردها إليه) أي: إلى الولد؛ ليكون حقُّ الوقف والموقوف عليه مرعيًا.

قيَّد بالحاكم؛ لأن من له السكنى لا ولاية له على إيجارها.

(ويصرف ما انهدم من الوقف في عمارته، فإن استغنى) أي: إن² لم يكن للوقف حاجةٌ إلى صرفٍ ما انهدم إليه (خيسٍ للحاجة) أي: يحفظُ ذلك المنهدمُ إلى وقت الحاجة، فيصرفُ إليه.

(فإن تعدَّ إعادة العين) يعني: صرفُ عين المنهدم إلى موضعٍ في الوقف (بيع في العمارة) أي: ببيعه الحاكم، ويصرفُ ثمنه في المرة صرفًا للبدل مقام المبدل. (ولا يقسم) ذلك الثمن (بين مستحقيه) أي: بين الذين استحقوا الوقف؛ لأنَّ حقَّهم في المنفعة دون العين؛ إذ العينُ ملكُ الوقف أو حقُّ الله، فلا يصرِفُ³ إليهم ما ليس حقًّا لهم. والله أعلم⁴.

(فصل) في إجارة الوقف وإثباته

(يتبع شرطُ الوقف في إجارته) مثلًا: إذا شرط الوقفُ أن لا يؤجَّرَ وقفُه أكثرَ من سنةٍ؛ يراعى شرطُه؛ لأنَّه إنَّما أخرجَه عن ملك نفسه بشرطٍ معلوم، فيتقيَّدُ به.

(وإن أهمله) أي: إن لم يشترط الوقفُ شيئًا فيها، (قبيل: يطلق) أي: قال المتقدمون: جاز للمتولِّي أن يؤجره من السنين ما شاء لتنزله منزلة الوقف. (وقيل: يقيد بسنة) أي: قال المتأخرون: لا يجوز إجارته أكثرَ من سنةٍ خوفًا من أن يتخذ الوقفُ ملكًا لغلبة الظلمة المستأكلة.

(ويختار للفتوى أن يؤجر الضياع) جمع ضيعة، أي: ضياع الوقف (ثلاث سنين)؛ لأنَّ رغبة المستأجر لا يتوقَّر في أقلَّ من هذه المدة، (وغيرها) أي: يؤجَّرُ غير الضياع (سنة) وهو قول الإمام أبي حفص الكبير، ومقصودُه منه: رعايَةُ جانب الوقف، حتى إذا دعت المصلحة في الضياع أن يؤجَّرَ أقلَّ من سنتين وفي غيرها أكثرَ من سنةٍ؛ يفعل كذا؛ لأنَّ هذا أمرٌ يختلف باختلاف الموضع والزمان. كذا في «المحيط».

(ولا يؤجَّرُ إلا بالمثل)؛ لأنَّ إجارة الوقف بما نقص من أجرة مثله إضرارٌ للفقراء.

(ولا تنقض) إجارة الوقف إذا كان بأجرٍ مثله (إن زادت الأجرة لكثرة الرغبة) أي: رغبة الناس في استئجاره؛ لأنَّ المعتمد هو أجرُ المثل وقت العقد.

قيَّد بكثرة الرغبة؛ لأنَّ الأجرة لو زادت في نفسها لعلَّو سعرها عند الكلِّ؛ تنقضُ الإجارة، وتعقدُ⁵ ثانيًا، ويجب بالعقد الأوَّل المسمَّى إلى حين الزيادة، وبالعقد الثاني أجرُ المثل إلى انتهاء المدَّة، مثلًا: إذا كان أجرُ مثل دارٍ اثني عشر درهماً، وأعطى المستأجرُ اثني عشر أفرقة حنطة، وكان قيمة كلِّ قفيزٍ وقت العقد درهماً، وازداد قيمتها بعدما سكن نصف سنةٍ، وصار قيمة كلِّ قفيزٍ ثلاثة دراهم؛ ينقضُ العقدُ الأوَّل، ويعقدُ ثانيًا، ويجب بالعقد الأوَّل سنَّة أفرقة، وبالعقد الثاني قفيزان.

(وليس للموقوف عليه أن يؤجر) الوقف (إلا نيابة) أي: إلا من جهة أن يكون نائبًا عن الحاكم أو الواقف، (أو ولاية) بأن كان قاضيًا، ولا يملك الموقوفُ عليه إلا الغلَّة دون غيرها. قال الفقيه أبو جعفر: إن كان الأجرُ كله للموقوف عليه؛ يصحُّ⁶.

1 ح: يجعلها.

2 د - إن.

3 د: تصرف.

4 ح - والله أعلم.

5 ح: ويعقد.

6 د: تصح.

(فإن مات) الموقوف عليه (وقد عقّد) أي: والحال أنه عقد إجارة الوقف بإنابة أو ولاية (لم ينفسخ) وكذا القاضي إذا آجره، ثم عزّل قبل مضيّ المدة؛ لا يبطل الإجارة؛ لأن كلاً منهما بمنزلة الوكيل عن الفقراء، ويموت الوكيل لا ينفسخ عقد الإجارة، وكذا إذا مات الواقف وهو الذي آجر.

(ولا يعار) أي: لا يعطي الوقف عارية؛ لأن في إعارته إبطال حق الفقراء. (ولا يرهن)؛ لأن فيه تعطيل منافعه.

(وإن أتلف منافعه، أو غصب عقاره) وتعطل عن المنفعة، (يختار وجوب الضمان) أي: ضمان أجر المثل واجب على المتلف

والغاصب، وبه يُفتى نظرًا للوقف.

(وتجوز الشهادة بالشهرة) أي: التسامع (لإثباته) أي: لإثبات أصل الوقف؛ لأنه لو لم يجز ذلك؛ لأدى إلى استهلاك الأوقاف القديمة، وبه أخذ الفقيه أبو الليث، وهذه الشهادة إنما تُقبل إذا لم يفسر الشاهد بأن شهادته بالتسامع، فإن فسرها؛ لا يقبلها القاضي. قدينا بأصل الوقف؛ لأن الشهادة على شرط الوقف أو جهته لا تجوز بالتسامع. كذا في «الخانية».

(كتاب الغصب)

وهو في اللغة: أخذ الشيء قهراً مآلاً كان أو غيره.

وفي الشرع: أخذ مالٍ متقومٍ بغير إذن المالك بإزالة يده عنه أو قصرها، كما إذا استخدم عبداً في يد مالكة. ولو جلس على بساطٍ غيره لا يكون غاصباً؛ لأن يد المالك لم يزل عنه ولا قصرته؛ لأن فعل المالك، وهو البسط، باقٍ.

(يجب على الغاصب ردّ العين المغصوبة) ما دامت باقيةً (في مكان غصبه).

قيد به؛ لأن القيمة تختلف باختلاف الأماكن.

(فإن هلك) المغصوب، أطلق الهلاك؛ ليتناول ما إذا هلك بفعل الغاصب أو غيره. (ضمن مثله إن كان مثلباً)؛ لأن فيه رعاية

حق المالك صورةً ومعنىً، (وإلا؛ فقيمته) بالنصب، أي: إن لم يكن له مثلٌ ضمن قيمته رعايةً لجانب المعنى، وهو المائبة. (يوم الغصب¹) قيد به؛ لأن سبب الضمان وجد فيه.

(فإن نقص) المغصوب (ضمن النقصان) اعتباراً للبعث بالكلي. هذا إذا كان النقصان في عين المغصوب، وكان غير ربويّ،

حتى لو كان النقصان بتراجع السعير لا يضمن بعد رده إلى مكانه، أو كان النقصان فيما يجري فيه الربا لا يضمنه؛ لأنه لو ضمنه مع استرداد الأصل كان اعتباراً عن الصنعة، ولا قيمة لها في الأموال الربويّة.

(وإن انقطع المثلي) عن الأسواق أو عن أيدي الناس، بأن كان المغصوب رطباً، فانقضى أوأته، فوجب عليه القيمة، (فوجوبها

يوم القضاء) يعني: يُعتبر قيمته التي في يوم الخصومة عند أبي حنيفة؛ لأن وجوب القيمة إنما يظهر بقضاء القاضي، فتعتبر³ قيمته يومئذٍ.

(ويعتبر) أبو يوسف (يوم الغصب)؛ لأن سبب وجوب القيمة هو الغصب، فتعتبر⁴ قيمته يومئذٍ. (لا الانقطاع) يعني: عند محمدٍ؛ يُعتبر قيمته يوم انقطاع جنسه؛ لأن العجز عن أداء المثل تحقّق به.

(وإذا ادعى الهلاك) أي: هلاك العين المغصوبة (حبسه الحاكم حتى يعلم أنها لو كانت باقيةً أظهرها)؛ لأن الأصل هو

البقاء، فلا يُعتبر قوله فيه. (ثم قضى عليه بالبدل) وهو القيمة؛ لسقوط ردّ العين عنه كما علّم هلاكها.

(وإذا غيب المغصوب) أي: جعله الغاصب أو غيره غائباً حتى صار كالهالك، (فقضى عليه بالقيمة؛ نملكه إياه) أي: نحكم

بأنه صار ملكاً للغاصب، حتى لو ظهر المغصوب صار الغاصب أحقّ به. وقال الشافعي: لا يصير ملكاً له؛ لأن الغصب عدوانٌ محضٌ، فلا يكون سبباً للملك الذي هو نعمة، كما أنّ المدبّر لا يصير مملوكاً بالغصب.

ولنا: إنّ المغصوب منه ملكٌ بدل المغصوب ذاتاً، فوجب أن يملك الغاصب ذات المغصوب تحقيماً للعدل كما في سائر

المبادلات، والملك بالغصب لم يثبت مقصوداً، بل ثبت في ضمن الضمان، وأما المدبّر؛ فلم يكن قابلاً للنقل، فجعل البدل مقابلاً لفوات يد المالك عنه فقط.

1 د: غصبه.

2 د: وإن.

3 ح: فيعتبر.

4 ح: فيعتبر.

(ويقبل قوله) أي: قول الغاصب (مع يمينه في القيمة)؛ لأنه يُكْرَم ما يدّعيه المالك من زيادة قيمة المغصوب، (إلا أن يبرهن المالك أنها أكثر) مما يقوله الغاصب من المقدار، فيعملُ بالبيّنة، فإن أقام الغاصب البيّنة؛ لا تُقبل؛ لأنها تنفي الزيادة، والبيّنة على النفي لا تُقبل¹.

وفي «النهاية»: قال بعضُ مشايخنا: يُقبلُ لإسقاط اليمين كما قُبِلت من المودع إذا ادّعى ردّ الوديعة، وهذه المسألةُ مشكلةٌ، ومن المشايخ من فرّق بين هذه المسألة وبين مسألة الوديعة، وهو الصحيح.

(فإن ظهر) المغصوب وقيّمته أكثر من المضمون، (وقد ضمنه بنكوله) أي: بنكول الغاصب عن اليمين، (أو بقول المالك، أو ببيّنته) أقامها المالك، (فلا خيار) أي: للمالك في نقضه؛ لأنّه رضي بالمبادلة بهذا القدر، فيكون العينُ ملكاً للغاصب. (أو بقول الغاصب) يعني: إذا كان مضموناً بقول الغاصب (مع يمينه؛ خير المالك بين إمضاء الضمان أو الأخذ) أي: أخذ العين (وردّ العوض) سواءً كان قيمة العين أكثر مما ضمنه أو مثله أو أقل؛ لأن المالك لم يأخذ ما ادّعه من القيمة، فجاز أن يكون قيمته مثل ما ضمنه أو أقل منه عند المتقوّمين، ولا يكون كذلك عنده، فيتخيّر؛ لأن رضاه بهذا القدر لم يتم.

(ولو برهن كلٌّ منهما على هلاكه عند الآخر) أي: لو أقام الغاصب بيّنة على أنّه ردّ المغصوب إلى المالك، فهلك عنده، وأقام المالك بيّنة على أنّه هلك عند الغاصب (يرجّح) أبو يوسف (المالك) يعني: بيّنته؛ لأنها مثبتة للضمان. (ورجّح) محمدٌ بيّنة (الغاصب، وهذا ظاهر المذهب)؛ لأن الضمان ثابتٌ بنفس الغصب، فلا حاجة إلى إثباته، لكنّ الغاصب يدّعي زواله، والمالك ينكره، فبيّنة الغاصب يكون أولى.

(ويضمن) الغاصب (ما نقص من العقار بفعله وسكناه) كما إذا نقل ترابّه ولم يصلح للزراعة؛ لأنّه فعلٌ في العين، أو انهدم الدار بسكناه؛ لأنّه إتلافٌ، وبه يضمن العقار اتفاقاً. (وضمنه) أي: محمدٌ الغاصب (بهلاكه) أي: بهلاك العقار، كما إذا غلب المسيلُ على الأرض، أو انهدم بناء الدار بأفة سماوية. وقالوا: لا يضمن.

له: إنّ الغاصب لَمَّا أثبت لنفسه يداً؛ زال عن المالك يده المنتفعة به، فصدق عليه حدّ الغصب، فيلزم ضمّانه.

(ولهما: إنّ إزالة اليد عن العقار غير متصوّرة؛ لأنّه لا ينتقل²، وإنّما يتصوّر فيه منع المالك عنه، وهذا تصرفٌ في المالك لا في المحلّ، فلا يجب ضمّانه، كما لا جعل المالك عن مواشيه بعيداً، فتلفت.

(وإذا تغيّرت العين بفعل الغاصب حتى زال اسمها وعظم منافعها) وهو بكسر العين وفتح الطاء المعجمة بمعنى عظيم، (نملكه إياها) أي: نجعل الغاصب مالِكاً لتلك العين. وقال الشافعي: لا يملكها؛ لأن المالك صاحب أصل، وهو العين، والغاصب صاحب وصف، وهو الصنعة، فيرجّح صاحب الأصل، فلا يزول حقه عنه.

ولنا: إنّ الغاصب أحدث في المغصوب صنعةً متقوّمةً، فحقه قائمٌ فيها من كلّ وجه، فيترجّح على الأصل الذي فاتت من وجه، كفوات اسمه وعظم منفعه.

(ولا ينتفع بها) أي: الغاصب بتلك العين (حتى يؤدي البدل) أو تراضياً على مقدار أو أبرأه المالك عنه أو يحكم الحاكم بالقيمة؛ إذ المبادلة تكون حاصلةً بهذه الأشياء، وإنّما لم يجز الانتفاع قبلها؛ لأن في إباحة الانتفاع بها فتحاً لباب الغصب، فيحرم الانتفاع، لكن جاز للغاصب بيعها وهبتها؛ لأنّها مملوكةٌ له بجهة محظورة كالمقبوض بالبيع الفاسد، وهذا وجه الاستحسان.

(والقياس الحلّ) وهو روايةٌ عن أبي حنيفة وقول الحسن وزفر؛ لأن الغاصب ملكه بإحداث الصنعة له³، وهو في نفسه مشروعٌ، وإنّما حرم هنا؛ لوجوده في مال الغير، فأشبهه الاصطباح بقوس الغير، فيحلّ انتفاعه بها والتصرفُ فيها، ولهذا لو وهبها أو باعها جاز.

(كما لو ذبح شاةً، فطبخها، أو شواها، أو طحن حنطةً أو زرعها، أو خبز دقيقاً، أو جعل الصفر آنيةً) بمد الهمزة، جمع إناءٍ، (أو الحديد سيقاً، أو بني على ساجية) وهي خشبةٌ منحوتةٌ مهياً⁴ توضع تحت البناء، (أو عصر زيتوناً أو عنباً، أو غزل قطناً، أو نسج عزلاً) وهذه الأشياء تمثيلاتٌ للأعيان المغصوبة المتغيّرة بفعل الغاصب تغيّرها ظاهرٌ فيما عدا الساجية، وأما تغيّرها فيها؛ فلائها

1 ح: يقبل.

2 د: ينقل.

3 د - له.

4 د: يوضع.

كانت نقليّة، والآن صارت من العقار، ولهذا استحقّ بالشُّفعة، فيكون هالكًا من وجهٍ ومتغيّرًا من وجهٍ¹، والتغيُّر يوجب انقطاع حقِّ المالك، وهو يملكها بهذه التصرفات عندنا خلافًا للشافعيّ، وهو يضمُّه النقصان.

وفي «الذخيرة»: إنّما يزولُ الملكُ عن السّاحة إذا كان قيمتها أقلّ من قيمة البناء، وأمّا إذا كان أكثرَ منها؛ لا يزول ملكه عنها. (ولو غصب تبرًا) وهو ما كان من الذهب غيرَ مضروبٍ، فإذا ضُرب يكون دينارًا، ولا يقال: يتبرًا إلا للذهب، وبعضهم يقول للفضة أيضًا. كذا في «الصّاح». (فصاغة آنية، أو ضربه دنانير؛ فهي للمالك) عن أبي حنيفة. (وقالا: ملكها الغاصب، وعليه المثل)؛ لأنه أحدث فيه صنعةً متقوِّمةً كما سبق بيانه قريبًا.

وله: إنّ اسمَ الذهب والفضة لم يزُلْ عنهما، وكذا لا يزولُ معناهما، وهو الثمنية، فلا يكون في حكم الهالك، على أنّ الصنعة غيرُ متقوِّمةٍ في الأموال الربويّة، ولهذا لو غصب حليًّا فكسره، ثم رده إلى المالك؛ لا يضمنُ.

(ولو ذبح شاةً غيره، أو قطع عضوًا منها، فإن شاء المالك أخذها وضمّنه نقصانها، أو سلّمها) إلى الغاصب (وضمّنه قيمتها)؛ لأن في الذبح إتلافًا لبعض الأغراض من الشاة، وهو الدرّ والنسل، وإبقاءً لبعضها، وهو اللحم.

وفي ذكر الشاة إشارةً إلى أنّ هذا الحكم في مأكولة اللحم، وأمّا إذا لم يكن كذلك؛ يضمنُ جميعَ قيمتها، إلا إذا قطع طرف العبد المغصوب؛ فللمالك أن يأخذه مع أرش المقطوع؛ لأنّ الأدمي يُنتفع به بعد قطع عضوه، ولا كذلك الدابةُ الغير المأكولة.

(وإن خرق ثوبًا) خرقًا فاحشًا. وفي «المحيط»: وهو ما استنكف أوساطُ الناس من لبسه مع ذلك الخرق، واليسيرُ ضده. وفي «الهداية»: الصحيح: أنّ الفاحش: ما يفوت به بعضُ العين وجنسُ المنفعة، بأن كان يصلح للبقاء قبله وبعده لا يصلح له، ويصلح للقميص، وإليه أشار بقوله: (فأبطل عامّةً منفعتها) وإنّما يفوت به بعضُ العين من حيث الظاهر؛ لأن الثوب إذا يفوت من أجزائه شيءٌ لا محالة. (ضمّنه) أي: المالكُ الغاصبُ قيمته؛ لأنّه استهلاكٌ معنيّ، ولو أخذه المالكُ وضمّن نقصانه؛ فله ذلك؛ لأن عينه مع بعض المنافع قائم.

(وإن كان) الخرقُ (يسيرًا) وهو ما لا يفوت به شيءٌ من المنفعة، بل يدخل فيه نقصانٌ عيبٍ مع بقاء المنفعة، وهو تفويت الجودة لا غير. (ضمّن نقصانه)؛ لأن الغاصب أدخل فيه عيبًا ما. هذا الحكم في كلِّ عينٍ من الأعيان، إلا في الأموال الربويّة، فإنّ تضمينَ النقصان متعيّرٌ فيها؛ لأنّه يؤدّي إلى الربا، فإنّ المالكَ يخيّرُ فيها بين أن يمسك العين ولا يرجع بشيءٍ على الغاصب، وبين أن يسلمَ العينَ إليه ويضمّنه مثله أو قيمته، وإلى إخراج الأموال الربويّة أشار بقوله: «إن خرق ثوبًا»؛ لأن الربا لا يجري فيه.

وفي «الذخيرة»: هذا إذا لم يجدد فيه صنعةً، وإن جدّدها بأن خاطه قميصًا؛ يضمنُ قيمته؛ لانقطاع حقِّ المالك عنه.

(فإن² بنى) الغاصبُ (في أرضٍ، أو غرس؛ فرغها) أي: الغاصبُ الأرضَ المغصوبة؛ لأنّه شغل ملك الغير ببنائه أو غرسه بغير إذنه، وذا غيرُ جائزٍ. (وسلّمها) إلى مالِكها. (فإن نقصت به) أي: الأرضُ بسبب التفرغ (كان للمالك أن يضمنَ قيمةَ غرسه أو بنائه مقلوعًا) أي: مستحقًا للقلع، ومعرفة ذلك: بأن تقوم³ الأرضُ بلا بناءٍ وتقومُ ببناء⁴ مأمورًا صاحبه بقلعه، فيضمنُ الغاصبُ ما بينهما من التفاوت. (ويكون له) أي: البناءُ أو الغرسُ لملك الأرض.

وفي «النهاية»: هذا إذا كان قيمةُ البناء أقلّ من قيمة الأرض، وأمّا إذا كانت أكثرَ منها؛ يضمنُ الغاصبُ قيمةَ الأرض، ولا يؤمر بقلعه، كما إذا ابتلع دجاجةً زيدٍ لؤلؤةً عمرو، فإن كان قيمةُ الدجاجة أكثرَ؛ يضمنُ زيدٌ قيمةَ لؤلؤة، وإن كانت بالعكس؛ يضمنُ عمرو قيمةَ الدجاجة.

(ونضمّن المسلمَ قيمةَ ما أتلف من خمرٍ ذميّ) وكذا إذا أتلف خنزيره، (والذميّ) أي: نصّبهُ الذميّ (مثلها) أي: مثل الخمر إذا أتلف خمرٌ ذميّ، وإن أتلف خنزيره يضمنُ قيمته. وقال الشافعيّ: لا يضمنها.

وقدّ بالخمر؛ لأنّه لو أتلف ميتةً ذميّ لا يضمنُ اتّفاقًا.

وقدّ بالذميّ؛ لأنّه لو أتلف خمرَ مسلمٍ لا يضمنُ اتّفاقًا.

له: إنّ تقوّمهما سقط في حق المسلم، فكذا في حقّ الذميّ؛ لأنّهم أتباعٌ لنا في الأحكام.

¹ د - من وجه.

² د: وإن.

³ ح: يقوم.

⁴ ح: ويقوم ببنائه.

ولنا: إنَّ الخمرَ والخنزيرَ مالان متقوَّمان في حقِّ الذميِّ، ونحن مأمورون بتركهم وما يدينون، فيكونان مضمونين إذا أتلُفا، إلا أنَّ المسلمَ يضمن الخمرَ بقيمتها؛ لأنَّه ممنوعٌ عن تملُّكها وتمليكيها إهانةً بها، والذميُّ يضمنُ مثلها؛ لكونها من ذوات الأمتال. (فـلو أسلمَ بعد إتلافها) أي: لو أسلمَ ذميٌّ بعد إتلافِ خمرٍ ذميٍّ (بيروته) أي: أبو يوسف المتلفَ عن الضمان. (وأوجب) محمد (القيمة).

قَيَّدَ بإسلام المتلف؛ لأنَّه لو أسلمَ صاحبُ الخمرِ برئ المتلفَ اتِّفاقاً. لأبي يوسف: إنَّ ما كان واجباً عليه. وهو ضمانٌ مثلها. سقط عنه بإسلامه، ولم يوجد منه موجبُ الضمان بعده، فلا يجبُ عليه قيمتها.

ولمحمد: إنَّه لَمَّا عجز عن تسليم مثلها؛ وجب عليه قيمتها، كما لو أتلَف المسلمُ خمرَ الذميِّ. (والقولان روايتان) عن أبي حنيفة.

(ولا يضمنه) أي: أبو يوسف المسلم المتلفَ (زقَّ خمرٍ) يعني: زقاً فيه خمرٌ لمسلم، (شقَّه لإراقته) نهياً عن المنكر. (وخالفه) محمد.

قَيَّدَ بالزقِّ؛ لأنَّ الضمانَ لا يجب في الخمر اتِّفاقاً. لأبي يوسف: إنَّه كان مأذوناً في الإراقة، وقد لا يتيسَّر ذلك إلا بالشقِّ، فيكون مأذوناً فيه. ولمحمد: إنَّ الإراقةَ ممكنةٌ بدون الشقِّ، فيضمن الزقُّ؛ لأنَّه مالٌ متقوِّمٌ. الفتوى على قول أبي يوسف. (ولو كسر معزفاً) وهو نوعٌ من الطنابير يتخذُه أهلُ اليمن، والمرادُ به هنا: ما كان آلةً لهوٍ كالمزمار والدفِّ وغيرهما، يعني: إن كسر مسلمٌ معزفاً لمسلمٍ (لغير لهوٍ؛ فهو ضامنٌ) عند أبي حنيفة. أقول: المفهومُ من «شرح المصنف»: أنَّ الجارَّ والمجرورَ صنفٌ لـ«معزفاً»، يعني: معزفاً كائناً في البيت لا لهو، فيلزم منه أن يكون المقتنى في البيت للهو لا يكون مضموناً بالاتفاق، والحالُ أنَّه على الخلاف أيضاً على ما فهم من المتن والشروح، بل الوجهُ أن يكون الجارُّ والمجرورُ متعلِّقاً بـ«ضامن»، يعني: يضمنُ قيمته غيرَ صالحٍ للهو. قالوا: لا يضمنُ.

قَيَّدنا المعزفَ بكونه لمسلمٍ؛ لأنَّه لو كسر معزفاً لذميٍّ؛ يضمنُ اتفاقاً بالغاَ قيمته ما بلغ، وكذا لو كسر صليبه؛ لأنَّه ماليٌّ متقوِّمٌ في حقه. وأما طبلُ الغزاة أو الدفُّ الذي يباح ضربُه في العرس؛ فكاسره ضامنٌ اتفاقاً بالغاً ما بلغ. وفي «النهاية»: لا يُضمن الدنانُ بالكسر إذا كان بإذن الإمام. ولا بأس بأن يهدم البيت على من اعتاد الفسق، ويراق عصيره قبل أن يشتدَّ، والفتوى على قولهما. لهما: إنَّ المعزفَ معدٌّ للفساد، فسقط تقوُّمه كالخمر.

وله: إنَّه أتلَف مالاً ينتفعُ به من وجهٍ آخر سوى اللهو والمعصية، فيضافُ إلى فعله، فيضمنُ قيمته غيرَ صالحٍ للهو، كما إذا استهلك أمةً مغنيَةً.

(ولو أبق المغصوب) من يد الغاصب، (فُردَّ على المالك) وهو على بناء المجهول، أي: ردَّه رجلٌ من مسيرة سفرٍ، (فأدَّى الجعل؛ يمنع) أي: أبو يوسف المالك (من الرجوع) أي: رجوع ما أذاه (على الغاصب. وخالفه) أي: قال محمد: يرجع؛ لأن سبب الجعل وُجد عند الغاصب، فيرجعُ عليه، كما إذا فدى المالك من جنايةٍ وجدت عند الغاصب. ولأبي يوسف: إنَّ الرادَّ عمل للمالك، فكان أجرُ عمله عليه، وهذا ليس بضمانٍ، والفداء كان ضماناً محضاً. (ومشترية منه) أي: من اشترى العبدَ المغصوب من الغاصب (لو أعتقه، ثم أجاز المالك) البيع؛ (فالعق جائرٌ) عند أبي حنيفة. (وأبطله) أي: محمد العتق.

قَيَّدَ بالمشتري منه؛ لأنَّ الغاصب لو أعتقه فضمن للمالك قيمته؛ لم يجز عتقه اتِّفاقاً، ولأنَّ المشتري من الراهن إذا باع أو أعتق، ثم أجاز المرتبه؛ نفذ البيعُ أو العتق اتِّفاقاً.

وقَيَّدَ بإعتاق المشتري؛ لأنَّه لو باعه من آخر، ثم أجاز المالك البيع الأول؛ لم ينفذ البيع الثاني اتِّفاقاً، ولو باعه الغاصب من رجلٍ، ثم اشتراه، ثم أجاز المالك البيع الأول؛ لا ينفذ البيع الأول ولا الثاني؛ لَمَّا عرف في البيع الفاسد إذا وصل المبيعُ إلى البائع بأي وجهٍ وصل يفسخ البيع.

وقيد بقوله: «ثم أجاز»؛ لأن المالك لو لم يُجزَّه، وضمن الغاصب قيمته بعدما أعتق المشتري منه؛ لم يجز عتقه في رواية عن أبي حنيفة؛ لأن المالك ثبت للمشتري في صورة الإجازة من جهة المالك، وفي صورة الضمان ثبت من جهة الغاصب، وتملك الغاصب للمغصوب ناقص لثبوته مستنداً، والمستند ثابت من وجه دون وجه، ولهذا يملك بعد الضمان أكسابه دون أولاده، والمالك الناقص يكفي لنفوذ البيع دون العتق كملك المكاتب.

لمحمد: قوله صلى الله عليه وسلم: «لا عتق إلا فيما يملكه ابن آدم»¹، والمشتري من الغاصب لم يملك العبد، فلا ينفذ. ولأبي حنيفة: إن بيع الفضولي يفيد ملكاً موقوفاً، فلما أجاز المالك البيع نفذ من حين العقد، فجاز إعتاقه لمصادفته المالك. (أو قطع يديه) أي: لو قطع الغاصب يدي المغصوب، (فالمالك يضمنه) عند أبي حنيفة، أي: يأخذ قيمته (إن سلمه إليه) أي: إن سلم المالك المقطوع إلى الغاصب الجاني، إن أمسكه؛ فلا شيء له من النقصا، (وقالا: يمسكه ويضمن² النقصان). قيد باليدين؛ لأنه لو قطع أحدهما له أن يمسك الجثة، ويأخذ النقصان اتفاقاً.

لهما: إن الغاصب جنى على ماله، فيتخير المالك بين أن يدفعه إليه ويضمنه قيمته، وبين أن يمسكه ويأخذ منه ما نقصته الجناية، كما إذا حرق ثوبه.

وله: إن ضمان اليدين مساوٍ لضمان كلِّ البدن، فإذا ضمنه اليدين لزمه تسليم الجثة إليه؛ لئلا يجتمع البدل والمبدل منه في ملك واحد، بخلاف تخريق الثوب؛ لأن قيمة النقصان لا تبلغ³ قيمة الكل. أقول: في عبارة المصنف مساهلة؛ لأن تضمن القيمة عند التسليم اتفاقاً، يشهد عليه تقريره⁴ في «شرح» موافقاً لما سبق، وإنما الخلاف في إمساكه مع تضمين النقصان، فلو قال: فالمالك لا يمسكه مع تضمين النقصان؛ لكان أولى، ولما احتاج إلى إرداف قولهما.

(أو دبغ) الغاصب (جلد ميتة بما له قيمة) كالقرظ والعفص، (ثم استهلكه؛ فهو بريء) عن ضمان الجلد عند أبي حنيفة. (وقالا: يضمن قيمته طاهرًا) أي: قيمة جلد حيوان مذكي غير مدبوغ، أو معناه: يضمن قيمة جلد مدبوغ، ويأخذ ما زاد الدبغ فيه. قيد بما له قيمة؛ لأنه لو دبغه بما لا قيمة له كالتراب والتشميس، واستهلكه؛ ضمنه اتفاقاً قيمته مدبوغاً. وقيد باستهلاك الغاصب؛ لأنه لو هلك لا يضمن اتفاقاً، ولو استهلكه غيره يضمن اتفاقاً. وقيد بطاهر؛ لأن المالك لو أراد⁵ أن يتركه على الغاصب، ويضمنه⁶ قيمة جلده؛ ليس له ذلك اتفاقاً؛ لأن جلد الميتة قبل الدباغة لا قيمة له.

لهما: إنّه أتلف مألماً متقوماً للمالك، فيضمن، كما لو دبغه بما لا قيمة له، أو استهلكه غيره. وله: إن تقوّم الجلد حصل بمال⁷ الغاصب، وحققه قائم فيه، والجلد تبع لماله⁸ في حقّ التقوّم؛ لأنه لم يكن متقوماً قبل الدباغة، والأصل. وهو المال⁹. غير مضمون عليه بالإتلاف، فكذا تبعه، بخلاف المدبوغ بما لا قيمة له؛ لأنه ليس للغاصب فيه شيء متقوم، وبخلاف ما لو استهلكه غير الغاصب؛ لأن الأصل مضمون عليه، فكذا التبغ.

وفي «النهاية»: لو جعل الغاصب بعد دباغته فرواً، فإن كان جلد ذكي؛ وجب عليه قيمته يوم الغصب اتفاقاً، وإن كان جلد ميتة؛ فلا شيء عليه؛ لأنه تبدل اسمه ومعناه بفعل الغاصب.

وفي «التبيين»: ينبغي أن يكون هذا على الخلاف أيضاً؛ لأنه استهلاك معني.

¹ مسند البرار، 439/6 بمعناه. وأخرجه القُدوري في التجريد، 2771/6؛ والسرخسي في المبسوط، 129/30.

² د: ويأخذ.

³ ح: يبلغ.

⁴ د: تقديره.

⁵ د: وقيد بالاستهلاك؛ لأنه لو لم يهلك وأراد المالك.

⁶ ح: ويضمن.

⁷ د: بفعل.

⁸ د: لفعله.

⁹ د: الصنعة.

(والسوادُ في الصبغ نقصانٌ) يعني: من غصب ثوبًا وصبغه أسود؛ أدخل فيه نقصانًا عند أبي حنيفة، فللمالك أن يُضَمَّنَه قيمة ثوبه أيضًا كما إذا خرقه. وقالوا: إنَّه ليس بنقصانٍ، فيأخذ المالكُ الثوبَ المصبوغَ، ويغرُمُ ما¹ زاد الصبغ فيه. (وقيل: هو اختلافُ زمانٍ) لا اختلافُ برهانٍ؛ لأنَّ الناس كانوا لا يلبسون السوادَ في زمنه، ويعدونَه نقصانًا، وفي زمنهما كانوا يلبسونه، ويعدونَه زيادةً. (ولو صبغه أحمر، أو لت) أي: خلط (السويقَ بسمنٍ، فإن شاء) المالكُ (أخذهما، وردَّ ما زاد الصبغَ والسمنَ فيهما، أو ضمَّنَه قيمةً ثوبٍ أبيضٍ) وإنَّما تحيَّرَ؛ لأنَّ في إثبات هذا الخيار رعايةً للجانيين. (ومثل السويق)؛ لأنَّه مثليٌّ. وقيل: تجب القيمةُ في السويق أيضًا؛ لأنَّه تغيَّرَ بالقلبي، فلم يبق مثليًّا كالخبز. كذا في «المبسوط»؛ لكنَّ التفاوت فيه قليلٌ، فلم يخرجَه عن كونه مثليًّا. (وسلَّمهما) أي: الثوبَ والمخلوطَ إلى الغاصب.

قيَّد بالصبغ؛ لأنَّ الثوب لو انصبغ بإلقاء الريح لا خيار لربِّ الثوب، بل يؤمر بدفع قيمة الصبغ إلى صاحبه؛ لأنَّه لا جناية منه حتى يضمن، وكذا الجوابُ في اللت.

(ولو أطعم) الغاصبُ (المالكُ ما غصبه منه، ولم يعلمه) أي: الغاصبُ المالكُ أنَّه طعمه، (نبرئه عنه) أي: يكون الغاصبُ بريئًا عن الضمان عندنا. وقال الشافعيُّ: لا يبرأ عنه؛ لأنَّ هذا ليس برِّدٍ، بل غرورٌ؛ لأنَّه لو علِمه لَمَّا أكله؛ إذ المرءُ يرغب في أكل مال الغير ما لا يرغب في مال نفسه.

ولنا: إنَّ عينَ ماله وصل إليه، فلا يضمنه ثانيًا، والغرورُ إنَّما وقع من جهله بأنَّه طعمه، فلا يُعتبرُ.

وكذا الخلافُ فيما إذا لبس الثوبَ المصبوبَ مالكة.

(ولا نضمُّه زوائدَ المصبوب) يعني: ما زاد عند الغاصب على المصبوب إذا هلك لا يضمنه عندنا (مطلقًا) أي: سواءً كان الزيادةُ متصلةً به كالسمن، أو منفصلةً عنه كالولد والثمر وغيرهما، (إلا بالتعدِّي) أي: تعدِّي الغاصب في تلك الزوائد بأن ألتفها، (أو بالمنع بعد الطلب) أي: منع الغاصب مالكةً عنها بعد طلبه إيَّاه. وقال الشافعيُّ: عليه الضمانُ مطلقًا؛ لأنَّ الغصبَ عنده إثباتُ اليد على ملك الغير بغير إذنه، وهو صادقٌ على الزوائد، فيكون مضمونًا.

ولنا: ما بيناه من أنَّ الغصبَ إزالةُ اليد المحقَّقة بإثبات اليد المبطلَّة على الشيء، وذا غيرُ صادقٍ على الزوائد؛ لأنَّه² لم يكن في يد المالك حتى يزيلها، فيكون³ أمانة، فلا يضمن إلا بالتعددي.

(ولا المنافع) أي: منافع المصبوب غيرُ مضمونةٍ عندنا (استوفاهما أو عطَّلها) أي: سواءً صرف تلك المنافع إلى نفسه، كما إذا غصب دارًا، فسكن فيها شهرًا، أو عطَّلها على مالكة، كما إذا أمسكها شهرًا، ولم⁴ يسكنها. وقال الشافعيُّ: هي مضمونةٌ في الحالين، فعليه أجرُ المثل؛ لأنَّ المنافع متقوِّمةٌ في العقود الجائزة والفاصلة، فيكون مضمونةً في المصبوب.

ولنا: إنَّ الغصبَ غيرُ متحقِّقٍ في منافع المصبوب؛ لأنَّها حادثَةٌ في يد الغاصب، فلم يوجد⁵ إزالةُ يد المالك عنها، فلا يكون مضمونةً.

(والزيادةُ المتصلةُ لا تضمنُ⁶ بالبيع والتسليم) يعني: إذا زاد المصبوبُ عند الغاصب زيادةً متصلةً كالسمن والجمال، ثم باعه، وسلَّمه إلى المشتري، فإن كان قائمًا؛ أخذه صاحبه وإن كان هالكًا؛ فهو بالخيار، إن شاء ضمَّن الغصب قيمته يوم الغصب، وإن شاء ضمَّن المشتري قيمته يوم القبض، وإن قتلَه الغاصبُ ضمنه مع الزيادة. من «الحقائق»⁷. فليس للمالك أن يضمَّن الغاصبَ قيمته يوم التسليم عند أبي حنيفة. وقالوا: له ذلك.

قيَّد بالمتصلة؛ لأنَّ المنفصلة مضمونةٌ بالبيع والتسليم اتِّفاقًا؛ لأنَّها كانت أمانةً في يده، وبالتسليم إلى الغير صار متعدِّيًا. وقيَّد بالتسليم؛ لأنَّه إذا باعها ولم يسلمها لا يضمن اتِّفاقًا.

¹ د: بما.

² د: لأنها.

³ د: فتكون.

⁴ ح: فلم.

⁵ د: توجد.

⁶ ح: يضمن.

⁷ د - فإن كان قائمًا.

لهما: إنَّه بالتسليم فُوتَ عن المالكِ مَكْنَة استرداده المغصوبَ مع الزيادة، فصار متعديًا فيها، فيضمنها، كما يضمن المنفصلة بالتعدي.

وله: إنَّ البيعَ لم يردَّ على الزيادة؛ لأنَّ الوصفَ لا يقابله شيءٌ من الثمن، فلا يضمن، بخلاف المنفصلة؛ لأنَّها مقصودةٌ بالبيع، فلها حصَّةٌ من الثمن.

(ويضمنُ) على بناء المجهول **(ما نقصتُ)** أي: انتقصت؛ لأنَّ نقصَ يجيءُ لازمًا ومتعديًا، وههنا لازمٌ. **(الجارية)** التي حبلت عند الغاصب **(بالولادة إلا أن يفى الولدُ بجبره)** أي: يكون في قيمة الولد وفاءً يجبرُ نقصانها، **(فنسقطه)** أي: الضمانَ عن الغاصب إذا انجبر بالولد. وقال الشافعي رحمه الله: لا يسقط، وهو القياس؛ لأنَّ الولدَ ملكه، وما فات من ملكه لا ينجبرُ به، كما إذا خصى عبدٌ غيره، فازداد قيمته.

ولنا: إنَّ سببَ الزيادة والنقصان واحدٌ، وهو الولادة، فلا يظهر نقصانٌ، كما أنَّ البيعَ يزِيل المبيعَ عن ملكه، ويدخل الثمن فيه، فلا يعدُّ نقصانًا، حتى لو شهدا على بيع شيءٍ بمثل القيمة ثم رجعا؛ لم يضمنا شيئًا. والخصي ليس بمرغوبٍ فيه² عند العامة، وإنَّما يرغب فيه بعضُ الجهال؛ لظنهم أنَّ الخصيَّ كالمحرم يجوز دخوله على الأجنبية، فلا يعدُّ زيادةً في المالية؛ لأنَّها إنَّما يتحقَّق برغبة العامة، فلو كان قيمة الغلام يوم خصاه خمسمائة، فصارت ألفًا بعد البرء، فصاحبه إن شاء ضمن الغاصب خمسمائة، وإن شاء أخذ الغلام، فلا شيء له.

(ولو حبلت) الجارية المغصوبة من زنا عند الغاصب، **(فردّها)** أي: الغاصبُ إلى مالِكها، **(فماتت في نفاسها؛ فعليه)** أي: على الغاصب ضمان **(قيمتها يوم العلق)** عند أبي حنيفة. **(وقالا: نقصان الحبل)** أي: عليه ضمانه. كذا روى قولهما قاضي خان؛ لأنَّ الردَّ قد صحَّ مع الحبل، ولكنَّها معيبةٌ، فيجب عليه نقصان العيب، ثم هلاكها بعده حصل بسبب حادثٍ في يد المالك، فلا يبطل به الردُّ، كما لو زنت عنده، ثم ردّها، فجلدت، وماتت لا يضمن قيمتها.

قيَّد بالأمة؛ لأنَّ الحرَّة لو حبلت فردت لا يضمن اتِّفاقًا. وقيَّد بالحبل؛ لأنَّها لو حُمِّت في يد الغاصب، ثم ردّها على المولى، فماتت من تلك الحُمى؛ لم يضمن إلا نقصان الحمى اتِّفاقًا.

وقيَّدنا الحبلَ بكونه من زنا؛ لأنَّه لو كان من زوج لها أو من المولى لا يضمن اتِّفاقًا. **(في الأصح)** قيَّد به احترازًا عما ذكر في «المختلف» أنَّهما قالا: لا يضمن شيئًا؛ لأنَّها تعيبت في يد الغاصب بالحبل، فلما ردّها، وولدت⁴، زال العيب، فزال الضمان. إنَّما صار المذكورُ في المتن أصحَّ؛ لأنَّ الولادة حصلت بسبب الحبل، فلا يحكم بزوال العيب عنها؛ لأنَّ أثره باقٍ.

وله: إنَّه غضبها خاليةً عن سبب الهلاك، وردّها مشغولةً به، فلم يصحَّ الردُّ، فيضمن قيمتها، كما لو جُنَّت عند الغاصب، فردّها على المالك، فقتلت في يده؛ يضمن قيمتها، وأما في الجلد؛ فإنَّما لم يضمن؛ لأنَّ الزنا كان سببًا لجلدٍ غير متلفٍ شرعًا، والجلدُ الواقعُ غيره. والله أعلم⁵.

(كتاب الوديعه)

وهي في الشريعة: ما يُترك عند الأمين، مشتقٌّ من الودع، وهو الترك، يقال له: مودعٌ بفتح الدال، ولتاركها: مودعٌ بكسرهما. **(من استودع)** على بناء المجهول، أي: تُرك عنده الوديعه **(كان أمينًا)** حتى لو سُرقَ عنده، ولم يُسرقْ معها مالُ الأمين؛ لا يضمن؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «لا ضمانَ على المؤمن»⁶. وعن مالكٍ: يضمن لمكان التهمة.

¹ د: تعد.

² د - فيه.

³ د: تعد.

⁴ د: ولدت.

⁵ د - والله أعلم.

⁶ سنن الدارقطني، 455/3؛ السنن الكبرى للبيهقي، 289/6.

(فيحفظها بنفسه وبمن¹ في عياله)؛ لأنَّه مضطرٌّ إلى أن يتركها عند من في عياله إذا خرج من بيته، فيكون مأذونًا فيه دلالةً. وفي «الخلاصة»: إذا حَفِظَهَا بزوجه في بيته، وكان يعلم أنَّها غيرُ أَمِينَةٍ، فضاغَتْ؛ يضمنُ. اعلم أنَّ حفظَ الوديعَةِ إنَّما يلزمُ على المودِعِ إذا قَبِل الوديعَةَ، أو سَكَتَ عند وضعها، وأمَّا لو قال: لا أقبلُ، فتركها المالكُ عنده، ولم يحفظها، فضاغَتْ؛ لا يضمن. كذا في «المحيط».

وفي شرح «الجامع الكبير» للإمام خواهر زاده: يجوز من في عيال المودِعِ أن يدفعها إلى من في عياله. (ويُعتبرُ المساكنةُ وحدها) يعني: المرأه بمن في عياله: من هو ساكنٌ معه، لا من يجب نفقتهُ عليه، حتى لو دفعت المرأةُ الوديعَةَ إلى زوجها الساكن معها لا تضمنُ.

(وقيل: مع النفقة) يعني: قال بعضُ المشايخ: من في عياله: هو الذي سكن معه، ويجب نفقتهُ عليه، كغلامه وامرأته وولده الصغير إذا كان يعقلُ الحفظَ، وأجيره الخاصَّ شهرًا لا يومًا إذا كان ساكنًا معه. وعن محمد: إذا دفعها المودِعُ إلى أمينٍ من أمنائه ممن يتقَى به في ماله وليس في عياله، كشريكه العنان وعبد المأذون؛ لا يضمنُ، وعليه الفتوى. كذا في «النهاية». ولهذا لم يشترط في «التحفة» كونه في عياله.

(فإن حفظها بغيرهم) أي: بغير من في عياله (صَمِنَ) إذا تلفت؛ لأن صاحبها إنَّما رضي بحفظه في يده؛ إذ الأيدي مختلفة في الأمانة، ويُدَّ غيرهم ليس كيده. (إلا لخوف غرقٍ أو حرقٍ²) يعني: إذا وقع في دار المودِعِ نازًا، وخاف عن احتراق الوديعَةِ، فسَلَّمها إلى غير من في عياله، أو خاف من غرقها في سفينة³، فألقاها إلى سفينةٍ أخرى، فضاغَتْ؛ لا يضمنُ؛ لأن الحفظَ في تلك الحالة إنَّما يكون بالدفعِ إلى أيِّ رجلٍ كان.

وفي «التبيين»: هذا إذا لم يمكنه في ذلك الوقت أن يدفعها إلى من في عياله، وأمَّا إذا أمكن، فدفعها إلى غيره؛ يضمنُ. ولو وقعت الوديعَةُ في البحر وقت إلقائها إلى سفينةٍ أخرى يضمنُ؛ لأن الإلتلاف حصل بفعله، ولو قال: دفعتُ إلى آخرٍ خوفًا من الغرق؛ لا يصدِّقُ إلا ببينة؛ لأنَّه يدَّعي إسقاطَ الضمان عنه.

(وإن نهاه عن التسليم إلى واحدٍ منهم) أي: ممن في عياله، (ولا بُدُّ له منه) أي: للمودِعِ من الدفع، يعني: والحالُ أنَّ المودِعَ مضطرٌّ إلى دفع الوديعَةِ إلى واحدٍ منهم (لم يُعتبرَ) نهيه، كما إذا كان الوديعَةُ دابةً، وكان للمودِعِ غلامٌ يسَلَّمها إليه؛ لا يفيد نهيه؛ لأنَّه عاجزٌ عن حفظها.

وفي «المحيط»: لو قال: لا تدفعها إلى فلانٍ من عيالك، ولم يكن له عيالٌ سواه؛ لم يصحَّ نهيه؛ لأنَّه لا بُدُّ له من الدَّفْعِ إليه، وإن كان له عيالٌ غيره، فدفعه إليه؛ ضمن.

(أو أمره) أي: المالك المودِعُ (بالحفظ في بيتٍ من داره، فحفظه في بيتٍ آخرٍ منها مساوٍ له) في إحراز الوديعَةِ (لم يضمنُ)؛ لأن البيتين في دارٍ واحدةٍ لا يتفاوتان في الحرز غالبًا، فيلغو الشرطُ، كما لو قال: احفظها في هذا الصندوق، فحفظها في صندوقٍ آخرٍ.

قيَّد بالمساواة؛ لأن البيت الذي أمر بالحفظ فيه إذا كان أحرز وأحكم من غيره يضمنُ.

(بخلاف المخالفة في الدار) يعني: لو أمره بالحفظ في دارٍ، وحفظها في دارٍ أخرى؛ يضمنُ؛ لأنَّهما يختلفان في الحرز غالبًا، فيفيد التقييد.

وفي «المحيط»: إذا كانت الدار التي حفظ فيها أحرز من الدار التي أمر بالحفظ فيها؛ يضمنُ إذا هلك الوديعَةُ، كما لو قال: أودع مالي زيديًا، فأودع عمرًا؛ ضمن وإن كان عمره أعدل وأوثق.

¹ ح: ومن.

² د: حرق أو غرق.

³ د: سفينته.

وفي «المحيط»: لو قال المودع: كانت الوديعة بين يدي، ثم قمْتُ، فنسيتها؛ يضمن؛ لأن نسيانَه تضييعٌ منه، ولو قال: كانت بين يدي في داري، ثم قمْتُ، فنسيتها¹ ينظر: إن كانت الوديعة مما لا يُحفظُ في عرصة الدار كصرّة الذهب؛ يضمن²؛ لأنّه لا يعدُّ حرزاً لها، وإلا فلا.

(وإن خلطها) أي: المودع الوديعة (بجنسها حتى لا يتميّز فهو ضامن) عند أبي حنيفة. (وقالا: يشاركه إن شاء) الشركة في المخلوط، وإن شاء عدم الشركة ضمن المخلوط مثله.

قيّد بخلط الوديعة بجنسها؛ لأنّه لو خلطها بخلاف جنسها كخلط الخَلِّ بالزيت يضمن اتّفاقاً. وقيّد بقوله: «لا يتميّز»؛ لأنّه لو تيسر التميّز كما إذا خلط الجوز باللوز؛ لا يضمن اتّفاقاً، ولو تعسّر كما إذا خلط البرّ بالشعير؛ يضمن اتّفاقاً؛ لأن المتعسّر كالمتعسّر.

ذكر المصنّف هذه المسألة في فصل الصرف اتّباعاً للمنظومة، وذكر هنا اتّباعاً للمختصر ذاهلاً عن ذكره في الصرف، فوق التكرار.

لهما: إنّ هذا الخلط استهلاكٌ من وجه؛ لتعدّر التميّز حقيقةً، دون وجه؛ لعدم تعدّره حكماً؛ لأن القسمة فيما يكال ويوزن من جنسٍ واحدٍ تعيّن، فإن شاء مألٌ إلى جانب الهلاك وضمنه، وإن شاء مألٌ إلى جانب القيام وشاركه.

وله: إنّّه استهلاكٌ من كلِّ وجه؛ لتعدّر وصول المالك إلى عين ماله، واستهلاكُ العبد يكون هكذا؛ لأن إعدام المحلِّ غير مقدور له، والقسمة غير موصولة إلى عين حقه، ولكن جعلت طريقاً للانتفاع للضرورة.

وثمرة الخلاف يظهر في حلِّ تناول المخالط من المخلوط قبل أداء الضمان، فعنده لا يحلُّ، عندهما يحلُّ، وفي الإبراء أيضاً، فإنّ المالك إذا أبرأ الخالط؛ فعنده سقط ضمانه، وعندهما سقط اختيار الضمان، فتعين الشركة.

(وإن اختلط³) جنس الوديعة بجنسها (بغير صنعه) أي: صنع المودع، كما إذا انشق الكيس، فاختلط دنائره بدنائره، (كان شريكاً) اتّفاقاً؛ لانعدام التعدي منه.

(فإن أنفق) المودع من الوديعة (بعضها، وردّ مثله، فخلطه بالباقي؛ ضمن الجميع)؛ لأن ما أنفقه صار ديناً في ذمته، والدين لا يؤدي إلا بالتسليم إلى صاحبه، ولم يوجد، فكان هذا خلطاً لما بقي بملك نفسه، فيكون استهلاكاً للكلِّ. هذا إذا لم يجعل على ماله علامة، ولو كان جعله؛ لا يضمن إلا ما أنفق. كذا في «الفصول».

(أو رفع بعضها) أي: بعض الوديعة، (فأنفقه، ثم هلك الباقي؛ ضمنه بقدره) يعني: قالوا: يضمن المودع بقدر ما أنفق؛ لأن التعدي لم يوجد فيما بقي. وقال مالك: يضمن الكل؛ لأنّه صار خائناً، فلا يبقى أميناً.

(أو أودعها) أي: المودع الوديعة (عند آخر) من غير ضرورة، فهلك عند، (فالأول ضامن) عند أبي حنيفة. (وخياره) أي: جعل المالك مخيراً في تضمين من شاء منهما؛ لأن الأول خان⁴ بالدفع، والثاني بالقبض، فيضمن المالك أيهما شاء كمودع الغاصب، لكن الثاني يرجع على الأول إذا ضمن لكونه عاملاً له.

وله: إنّ إيداع المودع جائز ما لم يفارق عن المودع الثاني؛ لحضور رأيه في حفظها، ولهذا لو هلك قبل أن يفارقه لا يضمن واحدٌ منها، فلمّا فارق الأول تعدّى لترك رأيه في الحفظ، فثبت الضمان له لا للثاني؛ لأن قبضه ليس بجناية⁵ لأخذه من يد أمين، ومودع الغاصب لم يأخذ عن أمين، فلا يكون مثله.

(أو طوّل بها) يعني: إذا طلب المالك عن المودع ردّ الوديعة إليه، (فحبسها) أي: المودع الوديعة عن صاحبها، ولم يعطها، وهو يقدر على تسليمها إليه (ضمن)؛ لأنّه بالمنع صار غاصباً.

إنّما قيدنا الطلب بردّ الوديعة؛ لأن الطلب لو كان بحمل الوديعة إليه، فلم يحملها، فهلك؛ لا يضمن؛ لأن مؤنة الحمل ليست على المودع.

¹ د: فقتت نفسها.

² د - يضمن.

³ د: اختلطت.

⁴ د: جان.

⁵ د: بخيانة.

وقيدنا الرد بالقدرة؛ لأن الطلب لو كان وقت الفتنة، ولم يردّها خوفاً على نفسه أو على ماله بأن كان مدفوناً معها؛ لا يضمن. كذا في «الخانية».

(أو تعدّي) المودع في الوديعة، كما إذا كان ثوباً فلبسه، أو أودعه عند غيره، (ثم أزاله) أي: التعدّي، (نزول الضمان) وقال الشافعي: لا يزول.

قيد بتعدّي المودع وإزالته؛ لأنّه لو تعدّي المستعير والمستأجر في العين المستعارة والمستأجرة، ثم أزال التعدّي لا يبرأ عن الضمان؛ لأن قبضهما كان لأنفسهما؛ لاستيفائهما المنافع عنها، فبإزالة التعدّي عن العين لم يوجد الرد إلى صاحبها، بخلاف المودع؛ لأن يده كان كيد المالك حكماً؛ لكونه عاملاً له في الحفظ، فبإزالة التعدّي ارتدّت إلى يد صاحبها حكماً. له: إنّ حكم الوديعة ارتفع بالتعدّي، فلا يعود إليه إلا بسبب جديد، فلم يوجد، فلا يبرأ عن الضمان. ولنا: إنّ الشيء إنّما يبطل بما ينافيه، والاستعمال لا ينافي الإيداع، ولهذا صحّ الأمر بالحفظ مع الاستعمال ابتداءً، فإذا زال التعدّي؛ عاد حكم العقد.

(أو جحد) أي: المودع الوديعة حين طلبها صاحبها، (ثم اعترف؛ لم يزل) الضمان. وفي «المحيط»: هذا إذا أنكر الإيداع بأن قال: لم تودعني، ثم قال: أودعنتي ولكنّها هلكت؛ لا تقبل¹ بينته على هلاكها قبل جحوده، فيضمن؛ لأنّه يصير مناقضاً في الدعوى، فلا يُسمع، وأما لو أنكر كون الوديعة عنده؛ يقبل بينته؛ لأنّها إذا هلكت لا يكون عنده، فلا يصير مناقضاً، كمن أنكر الدين، ثم أقام المدّع عليه البيّنة على أنّه أوفاه يقبل بينته؛ لأنّه لا يكون عليه دين متى أوفاه. (ومنعنا الضمان) عن المودع (بالجحد) أي: بإنكاره الوديعة (في غيبة المودع) وهو بكسر الدال: المالك. وقال زفر: يضمن. قيد بغيبة المودع؛ لأنّه لو كان حاضراً وقت الإنكار يضمن اتّفاقاً. له: إنّّه بالجحد صار غاصباً، فيضمن.

ولنا: إنّ إنكاره عند غيبة المالك كان لحفظ الوديعة خوفاً عليها من طمع طامع، فلا يكون موجباً للضمان، بخلاف حضرته. (ولو تصرف فيها، فربح؛ يطيبه له) أي: يجعل أبو يوسف الربح طيباً للمودع إذا أدّى الضمان، أو سلّم عينها بأن باعها ثم اشتراها، ودفع إلى مالكةا، وسلّم له فضل الثمن.

له: إنّ شرط طيب الربح عنده الضمان لا غير، وقد وُجد بالتصرّف فيها، فيكون هذا ربح ملكه، فيطيب² له. (وأمره بالتصدّق به)؛ لأنّها إنّما تصير ملكاً له بأداء الضمان مستنداً إلى وقت وجوبه، والمستند ثابت من وجه، فيكون الربح حاصلاً في ملك غيره من وجه، فيتصدّق به لخبثه.

ثمرته تظهر فيما إذا دفع المودع خمسمائة من مال الوديعة، وهي ألف إلى الغير، فأنفقها، ثم جاء بخمسمائة من مال نفسه، فخلطها بالباقية من الوديعة؛ صار ضامناً للوديعة كلّها، فإذا أتجر بالألف كلّها، وربح ألفاً أخرى؛ لا يطيب له ربح الخمسمائة الباقية عندهما، ويطيب عنده. من «الحقائق»³.

(ولا نمنعه من السفر بها) أي: بالوديعة. وقال الشافعي: يمنع منه، حتى لو سافر بها وهلكت؛ لا يضمن عندنا، ويضمن عنده. له: إنّ المفازة مهلكة، والمتعارف أنّ الوديعة تُحفظ في المصير، فيتقيد به الإيداع وإن كان مطلقاً. ولنا: ما سيجيء في تقرير مذهبنا.

(فله ذلك) أي: للمودع السفر بالوديعة عند أبي حنيفة، سواء كان له حمل أو لا (مع الأمن) أي: أمن الطريق (وعدم النهي) أي: نهي صاحبها عن السفر بها.

قيد بهما؛ لأنّه لو غلب الأمن، ووُجد النهي؛ لا يسافر بها اتّفاقاً. (وقالوا: إن لم يكن لها حمل) بفتح الحاء مصدر، أي: ثقل (ومؤنّة) أي: أجرة، جزاء الشرط محذوف، وهو: فله أن يسافر بها، وإن كان لها حمل؛ فليس له ذلك، حتى لو سافر بها يضمن.

¹ ح: يقبل.

² د: فتطيب.

³ د - ثمرته تظهر.

أورد المصنّف قولهما على الإطلاق، والمذكور في «المحيط»: أن عند أبي يوسف إذا كان له حملٌ، وكان السفرُ بعيداً؛ فليس له أن يسافرَ بها، وإن كان قريباً؛ فله أن يسافرَ بها؛ لأن مؤنتها سائرةٌ عن الاعتبار، وعند محمد: لا يسافرُ بها في الحالين. اعلم أن خلافَ المتن فيما إذا لم يكن له بُدٌّ من السفرِ بها؛ لانعدام من يحفظها، حتى لو كان له بُدٌّ منه؛ فليس له السفرُ بها اتِّفاقاً، فكذا فيما إذا كان الإيداعُ غيرَ مقيّدٍ بمكانٍ؛ لأنّه لو كان مقيّداً به؛ فليس له السفرُ بها اتِّفاقاً.

لهما: إنَّ الوديعةَ التي لها حملٌ صاحبها غيرُ راضٍ بالسفرِ بها دلالةً؛ لِمَا يلحقه ضررٌ من أجرةِ رَدِّ الوديعة، فصار كما لو نهاه صريحاً عن السفرِ بها.

وله: إنَّ المودعَ مأمورٌ بالحفظ على الإطلاق، فإذا لم يمكنه حفظها إلا بالسفرِ يكون مأذوناً فيه دلالةً.

(ولو أودعاه مكيلاً أو موزوناً، وغاب واحدٌ) من المالكين، (وطلب الآخرُ نصيبه، فدفَع إليه؛ فهو) أي: المودع (ضامنٌ) عند أبي حنيفة. وقال: لا يضمنُ.

قيّد بالمكيل والموزون، وأراد بهما: ما يكون مثلثاً؛ لأن الدافع في غير المثلثي ضامنٌ اتِّفاقاً؛ لأن في غير المثلثي مبادلةً من كلِّ وجهٍ، وفي المثلثي معنى الإفراز غالبٌ، ولهذا جاز لأحد الشريكين في المثلثي أن يأخذ نصيبه بلا رضاء الآخر ولا قضاءً.

لهما: إنَّ الحاضرَ طلب نصيبه، فيجب دفعه إليه، كالدين المشترك، فلا يضمن بدفعه.

وله: إنَّ المودعَ قسمُ المال بغير إذن الغائب، وهو كان مأموراً بالحفظ لا بالقسمة، فيضمن نصيبه، بخلاف الدين المشترك؛ لأن المديون يسلمُ إليه مالٌ نفسه؛ لأن الديون تقضى بأمتالها، فليس فيه قسمةٌ على الغائب، ولهذا لو قال رجلٌ للمديون: وكنتي فلانٌ بقبض الدين منك، فصدقه؛ يجبره القاضي على الأداء، وإن قال للمودع: وكنتي بقبض الوديعة منك، فصدقه، ثم أبقى عن التسليم؛ لم يجبره القاضي.

(أو أودعهما ما يقسم) يعني: لو أودع رجلٌ شيئاً مما يقسم عند رجلين، **(فاقتسماه، ودفَع أحدهما قسمه) بكسر القاف، أي: نصيبه (إلى شريكه؛ فهو) أي: الدافع (ضامنٌ) عند أبي حنيفة. وقال: لا يضمنُ. وأما القابض؛ فغيرُ ضامنٍ اتِّفاقاً؛ لأنّه مودعُ المودع، وهو غيرُ ضامنٍ عنده.**

لهما: إنَّ المالكَ جعل راضياً بمهاياتهما في حفظ جميع الوديعة؛ لعلمه أنَّ اجتماعهما في مكانٍ واحدٍ للحفظ متعذّرٌ، كما جعل راضياً باقتسامهما لهذا المعنى، فلا يضمنُ بالدفع.

على هذا الخلاف المرتهان والعدلان والوكيلان بالقبض إذا دَفَع أحدهما ما يمكن قسمته إلى صاحبه.

وله: إنَّ المالكَ أمرهما بالحفظ، وحفظهما فيما يقسمُ إنَّما يكون بالقسمة، فجعل راضياً بها، ولا يُقاس عليها المهياة؛ لأن في المهياة يوجد حفظ أحدهما لا حفظهما.

(وإن كان) أي: ما جعل وديعةً لاثنتين (لا يقسم؛ جاز حفظ أحدهما بإذن الآخر) اتِّفاقاً؛ لأن اجتماعهما على حفظ الجميع متعذّرٌ، فجعل المالك راضياً بالمهياة.

(ويضمن) بتشديد الميم (الصبي والعبد المودعين ما أتلفاه للحال) يعني: إذا أودعهما رجلٌ شيئاً، فأتلفاه؛ يحكم أبو يوسف بضمانهما في الحال، فبإغ العبد فيه. **(وقال: يضمن العبد وحده بعد العتق) ولا يضمن الصبي أصلاً. أراد بهما: المحجورين؛ لأنَّهما لو كانا مأذونين بأخذهما الوديعة يضمنان في الحال اتِّفاقاً.**

قيّدنا المأذون بأخذ الوديعة؛ لأن المأذون له في التجارة ليس بمأذونٍ في أخذ الوديعة؛ لأنَّها ليست من التجارة.

وقيّد بكونهما مودعين؛ لأنَّهما لو أتلفا ما أودع عند الأب والمولى يضمنان اتِّفاقاً.

وقيّد بإتلافهما؛ لأن الوديعة لو تلفت² في أيديهما لا يضمنان اتِّفاقاً.

وفي «المبسوط»: لو كانت الوديعة عبداً، فقتله الصبي؛ يضمن اتِّفاقاً، والفرق بين العبد وغيره: أنَّ المولى لا يملك روحه، فلا يملك تسليطه، بخلاف المال.

¹ د + بعد.

² ح: تلف.

والمراد من الصبي: الذي يعقل، فأما الذي لا يعقل؛ لا يضمن اتفاقاً. كذا ذكره فخر الإسلام وصاحب «الهداية». وذكر صاحب «المحيط»: طرقت بعض مشايخنا أن الخلاف في صبي يعقل، وليس الأمر كما ظنوا، بل الخلاف في الكل واحد، وعلى هذا الخلاف الإقراض والإعارة. وفي «الحقائق»: العبد يشمل المدبر وأم الولد، أما المكاتب؛ فيضمن في الحال¹.

له: إن محجورتيهما في الأقوال فقط، ولهذا لو استهلكا عيناً قبل الإيداع يضمنان.

ولهما: إن المالك استحفظ ممن ليس بأهل التزام الحفظ، أما الصبي؛ فلم يصح التزامه أصلاً، فصار المالك كأنه أذن بإتلافه، وأما العبد؛ فالتزامه لم يصح في حق المولى نظراً له، فلا يضمن في الحال، وصح في حق نفسه لكونه مكلفاً، فيضمن بعد العتق.

(ولو دفع العبد الوديعة إلى مثله) أي: إلى عبد محجور، (فهلكت) عند الثاني، (فللمالك أن يضمن الأول) أي: العبد الدافع (بعد العتق) عند أبي حنيفة (فقط) أي: ليس على العبد الثاني ضماناً؛ لأنه مودع المودع، ولا ضماناً عليه عنده إذا لم يتعد. (ويخيره) أي: أبو يوسف المالك (في أيهما شاء) أي: في تضمين من شاء من العبد، أما الأول؛ فلأنه متلف بالدفع، وأما الثاني؛ فلأنه مودع المودع، وهو ضمان عنده (في الحال) لما مر من أن المحجور يضمن عنده في الحال، فإن عتق الثاني أولاً وضمنه رجع على الأول، وإن عتق الأول أولاً وضمنه لم يرجع على الثاني بحال. (ووافق الأول) أي: وافق محمد أبا حنيفة (في الأول) أي: في أن تضمين العبد الأول يكون بعد العتق، (وألزم الثاني) أي: محمد العبد الثاني بضمان ما أتلفه (للحال)؛ لأن ضمانه ضمان فعل؛ لقبضه ملك غيره بغير إذنه، فلزمه في الحال.

وفي «الحقائق»: محل الخلاف إذا دفع العبد الأول إلى الثاني، فإنه لو أمر الأول الثاني بقبضه، فقبضه وديعة، وضاع؛ ليس للمالك أن يضمن الأول قبل العتق اتفاقاً².

(وقيل: بعد العتق) يعني: في رواية عن محمد: إن الثاني يضمن بعد العتق؛ لأنه لو ضمنه في الحال؛ لكان له أن يرجع على الأول؛ لأنه استعمله، ولزم منه تضمين المودع المحجور قبل العتق، وهو لا يقول به.

(أو عند ثالث مثلهما) يعني: لو أودع العبد الثاني الوديعة عند عبد آخر محجور، (فالأول كالأول) يعني: عند أبي حنيفة حكم العبد الأول في هذه المسألة كحكم العبد الأول في المسألة السابقة في أنه يضمن بعد العتق، (والثاني ضامن للحال) عند أبي حنيفة؛ لأنه تعدى بالتسليم إلى الثالث، فيضمن في الحال (فقط) أي: لا ضماناً على الثالث وإن عتق؛ لأن مودع المودع غير ضامن عنده. (ويخيره) أي: أبو يوسف المالك (في أيهما شاء) أي: في تضمين من شاء من أحد الثلاثة المذكورة في الحال؛ لكون ضمانهم ضمان فعل، أما الأول والثاني؛ فلوجود الدفع منهما، وأما الثالث؛ فلأنه قبض ماله غيره بغير إذنه. (ووافق الأول في الأول) أي: وافق محمد أبا حنيفة في أن الأول لا يضمن ما لم يعتق؛ لأن ضمانه ضمان عقد الحفظ، (وخير) أي: محمد المالك (في الأخيرين) أي: في تضمين الثاني أو الثالث في الحال؛ لأن ضمان كلي منهما ضمان فعل.

(كتاب العارية)

وهي بتشديد الياء كأنها منسوبة إلى العار؛ لأن طلبها عار. كذا في «الصالح».

(وتفسر بهية المنافع بغير عوض) وقال الكرخي: هي إباحة المنافع؛ لأن تملكها مع الجهالة غير جائز، لكن المختار في تفسيرها ما ذكر في المتن، ولهذا فسرها المصنف إشارة إليه؛ لأن للمستعير أن يعير فيما لا يختلف باختلاف المستعمل، ولو كان إباحة لما جاز؛ لأن من أبيع له شيء؛ ليس له أن يبيعه لغيره، وتمليك المنافع بعوض مع جهالتها جائز في الإجارة، فيجوز بغير عوض، مع أن هذه الجهالة لا يفضي إلى المنازعة؛ لأن للمعير أن يرجع في كل ساعة، ولهذا لم يجز للمستعير أن يؤجر.

(ولا تكون) العارية (إلا فيما ينتفع به مع بقاء عينه، فإذا أعار مكيلاً أو موزوناً كان قرضاً) معنى؛ لأن الانتفاع بها إنما يمكن باستهلاك عينها، ولا يملكه إلا بتملكها، وذلك يكون بالهبة أو القرض، فحمل على القرض لكونه أدنى ضرراً. هذا إذا لم يبين جهة الانتفاع بالمكيل أو الموزون، فإن بينهما كأن يزين³ بها دكانه، أو يعاير بها ميزانه؛ صارت عارية.

(ونجعلها أمانة) حتى لو هلك المعار لم يضمنه المستعير إذا لم يتعد فيه. وقال الشافعي: يضمن إذا هلك في غير حالة الانتفاع.

¹ د - وفي الحقائق: العبد يشمل المدبر وأم الولد.

² د - وفي الحقائق: محل الخلاف.

³ د: تزين.

قَيَّدنا به؛ لأنَّه لو هلك في¹ حالة الانتفاع لا يضمنُ اتِّفَاعًا.

هذا إذا كانت العارية مطلقَّة، فإن كانت مقبَّدة في الوقت مطلقَّة في غيره، نحو أن يعير يومًا، فلو لم يردها² بعد مضيِّ الوقت؛ ضمِّن إذا هلكت، سواء استعملها بعد الوقت أو لا. وذكر صاحبُ «المحيط» وشيخ الإسلام: أنَّه إنَّما يضمنُ إذا انتفع به بعد مضيِّ الوقت؛ لأنَّه حينئذٍ يصيرُ غاصبًا، أمَّا إذا لم ينتفع به في اليوم الثاني، فلا يضمنُ، كالمودَّع إذا أمسك بعد انقضاء المدة. ومنهم من قال: يضمن على كلِّ حال؛ لأن المستعير يمسك مالَ الغير بعد المدة لنفسه، بخلاف المودَّع.

له: قوله صلى الله عليه وسلم: «العارية مضمونة»³.

ولنا: قوله صلى الله عليه وسلم: «ليس على المستعير غير المغلِّ ضمان»⁴ أي: غير المتعدِّي، وما رواه محمود على ضمان الرِّدِّ توفيقًا بينهما.

(وتصحُّ بأعرتك؛ لأنَّه صريحٌ في العارية، (ومَنَحْتُكَ هذه الدائبة، وحملتك عليها إذا لم يُرَدِّ بهما) أي: بقوله: منحتك وحملتك (الهبة⁵)؛ لأن كلاً منهما يُستعمل في تملك العين، وإذا لم يُرَدِّ منه ذلك يحملُ على تملك المنافع مجازًا. كذا ذكره المصنِّف في «شرحه».

أقول: في كلامه اشتباه؛ لأن المنحة على ما هو المفهوم من «صالح الجوهرية» مشتركة في الهبة والعارية، فلا يكون إرادة العارية منها مجازًا؛ لأن المشترك موضوعٌ لكلِّ واحدٍ من معانيه، فلا يدلُّ عليه مجازًا، وإنَّما توتى القرينة في المشترك لتعيين إرادة أحد معانيه لا لتعيين الدلالة كما في المجاز، ولأنه قال في باب الهبة: وحملتك عليها يدلُّ على الهبة إذا نوى الهبة، ولو كان هذا اللفظُ لتمليك العين حقيقة؛ لكان قوله فيه: إذا نوى الهبة مستدرَكًا؛ لأن النية لا يُحتاج⁶ إليها في المعنى الموضوع له حقيقةً.

(وأخدمتكم هذا العبد)؛ لأنَّه صريحٌ في إعاره الاستخدام، (وداري لك سكني)؛ لأن قوله: سكني محكمٌ في تملك المنفعة، فحمل عليه المحتمل له وتمليك العين، وهو قوله: داري لك. (أو سكني عمري) أي: سكني داري لك مدة عمري أو عمرك، وسكني لكونه محكمًا في العارية حُمِلَ عليها.

(ونجيزُ للمستعير أن يعير) ما استعاره إذا كان من (ما لا يختلف بالاستعمال) كالسكنى والحمل والزراعة، وإن شرط المالك أن ينتفع به⁷ هو بنفسه؛ لأن التقييد فيما لا يختلف غير مفيد. وقال الشافعي: لا يجوز إعاره المستعار؛ لأن العارية إباحة المنافع عنده، فلا يملك إباحتها غيره.

ولنا: إنَّها تملك المنافع، فيملك أن يعيرها كالموصى له بخدمة العبد يملك أن يعيره.

قَيَّد بقوله: «ما لا يختلف»؛ لأنَّه لو كان مما يختلفُ باستعمال المستعملين كالركوب واللبس؛ فليس له أن يعيره غيره دفعًا للضرر عن المالك.

وفي «الكافي»: لو كان قال حين الدفع: ألبسُ الثوب من شئت؛ فله أن يعيره إذا كان لم يلبسه بنفسه، وإن كان لبسه؛ كان متعينًا به، فلو أعار غيره يضمنُ، وهو مختارُ الإمام البزدوي، وقال بعضهم: لا يضمنُ، وكذا الخلافُ في الابتداء لو أركب غيره، ثم أراد أن يركب.

(وليس له أن يُوجر)؛ لأن الإجارة لازمة، والعارية غير لازمة، فلو جاز إجارة المستعار؛ لزم منه لزوم ما لا يلزم، وهو العارية، أو عدم لزوم ما يلزم، وهو الإجارة، وكلاهما ممنوعان.

(وإن⁸ استعاره ليرهنه جاز)؛ لأن المستعير يكون مأذونًا فيه.

1 ح - في.

2 د: تردها.

3 سنن الدارقطني، 453/3؛ السنن الكبرى للبيهقي، 89/6. وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه 616/10 من قول عطاء.

4 سنن الدارقطني، 456/3، وهو ضعيف. وقد روي عن شريح قوله، انظر: مصنف عبد الرزاق، 178/8.

5 د: هبة.

6 د: تحتاج.

7 د - به.

8 د: ولو.

قَيَّد بقوله: «ليرهنه»؛ لأن الاستعارة لو لم يكن لأجله لم يجز رهنه؛ لأن في الرهن إيفاء الدين، وليس له أن يوفى دينه بمال غيره بلا إذنه، ثم إن أطلق إذن الرهن؛ يرهن بما شاء. (وإن قَيَّد المعير بأن يرهن المستعير ماله (بمقدار، أو جنس، أو مكان؛ لم يتجاوزوه) حتى لو قدر أنّ المعير أذن المستعير بأن يرهنه بخمسة دراهم في الكوفة، فرهنه بأكثر من خمسة، أو بخمسة دنانير، أو بخمسة دراهم في البصرة؛ يكون ضامناً، وكذا لو عيّن المرتهن، فرهن غيره.

(ولو هلك) الرهن المعازر (بعد الفكاك أو قبل الإرهان؛ فلا ضمان)؛ لأن قبض المستعير غير مضمون. (أو في يد المرتهن ضمن الراهن للمعير قدر ما يسقط عنه بالهلاك من الدين) مثلاً: لو هلك نصف الرهن في يد المرتهن يكون المستعير مستوفياً نصف دينه، فيضمن للمعير هذا المقدار، وما فضل يكون أمانة.

(وإن أعار أرضه للبناء والغرس كان له أن يرجع)؛ لأن العارية غير لازمة، فإذا رجع لا يضمن للمستعير ما نقص من بنائه وغرسه، (ويكفله تفريغها) أي: تفريغ الأرض من البناء أو الغرس؛ لأنها مشغولة بهما.

وفي «المحيط»: لو كان البناء من تراب الأرض، فاستردّها المعير؛ ليس للمستعير أن يهدمه، ولا أن يرجع عليه بما أنفق، وإن كانت الأرض يستضر بالقلع؛ يضمن المعير قيمتهما مقلوعين.

(فإن وقت) أي: إن ذكر المعير لإعارته مدة معلومة، (فرجع قبله) أي: قبل انقضاء المدة (كوه) لِمَا فيه من خُلف الوعد، (وألزمناه) أي: المعير الرجوع قبل المدة (الضمان، فليل: ما نقصهما القلغ) هذا تفصيل للضمان، يعني: يلزم على المعير عندنا ضمان قيمة ما انتقص البناء والغرس بالقلع. (وقيل: قيمتهما) أي: يضمن المعير للمستعير قيمة بنائه وغرسه، (ويملكهما) أي: يكون البناء والغرس للمعير، (إلا أن يرفعهما المستعير) استثناء عن قوله: (يملكهما)، يعني: إذا شاء المستعير أن يرفع بناء وغرسه، ويضمن مع نقصانهما؛ فله ذلك، فلا يملكهما المعير.

وضع في المؤقت؛ إذ في غير المؤقت لا يضمن اتفاقاً؛ لعدم الغرور. من «الحقائق».

(وقيل: إن ضرّ القلغ (الأرض تخيير المالك) بين ضمان نقصانهما وضمان قيمتهما. إنّما ثبت الخيار له لا للمستعير؛ لأنه صاحب أصل، والمستعير صاحب تبع، فيرجع صاحب الأصل. وقال زفر: لا ضمان عليه أصلاً؛ لأن التوقيت في العارية غير ملزم كأصل العقد، ولهذا كان له أن يستردّها في أي وقت شاء.

ولنا: إنّ فائدة التوقيت التزام القيمة إن رجع قبل الوقت، فصار كأنه قال: إن رجعت قبل الوقت فأنا ضامن، فيلزمه بحكم الالتزام، لا بمجرد العقد.

(وإن أعارها للزرع؛ فلا رجوع) أي: لا يرجع المعير أرضه (قبل حصده) أي: حصد المستعير زرعه، (مطلقاً) أي: سواء وقت الإعارة أو لم يوقتها؛ لأن للزرع نهاية معلومة، فيترك بأجر المثل رعايةً للحقين، بخلاف الغرس والبناء؛ إذ ليس له نهاية، فيؤمر بقلعه؛ لئلا يتضرر المالك.

(والمستعير يكتب) عند أبي حنيفة رحمه الله في صكّه إذا أراد ذلك: (أطعمني أرضه) الفلانية فلان؛ لأن الأرض لا تطعم¹، فيكون المراد منه إبقاء الأرض في يده حتى يوجد فيها ما يطعم، فكان² هذا اللفظ أولى للمعنى المقصود منها، وهو الزراعة؛ لأن لفظ³ الإعارة يحتمل البناء والزراعة.

(وقالا) يكتب: هذا ما (أعارني) فلان؛ لأن لفظ العارية صريح في المعنى، فكتابه أولى.

وضع المسألة في الأرض؛ إذ في الدور والمنازل يكتب: أعارني⁴ اتفاقاً؛ لأن الانتفاع بها من حيث السكنى فقط. من «الحقائق».

(ويؤذي المستعير والمؤجر والغاصب أجره ردّ العارية)؛ لأن قبض المستعير كان لمنفعة نفسه، فيكون أجره ردّ عليه؛ لأن

الغرم بالغنم. (والعين المستأجرة) يعني: يؤذي المؤجر أجره ردّ العين المستأجرة؛ لأن المؤجر انتفع بأجرة عينه، فيكون مؤنثه ردّ عليه، والرث ليس بواجب على المستأجر، وإنما عليه التخلية بين العين ومالكها. (والمغصوبة)؛ لأن أصل الردّ إلى المالك كان واجباً على الغاصب، فيجب مؤنثه عليه تبعاً.

1 ح: يطعم.

2 ح: وكان.

3 د: لفظة.

4 د: أعرتني.

(وإذا ردَّ) المستعيرُ (الدابةَ إلى إصطبل مالِكها، أو مع عبده) أي: عبد المستعير، (أو أجيَره) أراد به: الأجيرَ مشاهرةً لا مياومةً، ويجوز أن يرجع الضميرُ في (عبده أو أجيَره) إلى المالك. (أو عينًا مستعارةً أو مستأجرةً إلى داره) أي: دار المالك (بريء) من الضمان؛ لأن ردَّ الدابة إلى إصطبل المالك أو داره أو مع عبده أو أجيَره ردُّ إليه عرفًا، والمتعارفُ كالمنصوص، حتى لو كان المستعاز شيئًا لا يرُدُّ إلى الدار أو الإصطبل أو مع الغلام كعقدِ جوهرٍ لا يبرأ إلا بالردِّ إلى المالك؛ إذ لا عُزْفَ في مثله. قيل: هذا إذا ردَّ الدابةَ مع غلام المالك الذي يقوم على الدواب، والأصحُّ: أنَّه على الإطلاق؛ لأن المستعاز قد يُردُّ إلى غير من يقوم عليه في بعض الأوقات، فيوجد فيه رضا المالك دلالةً.

قيل: هذا في عرف زمانهم، وأما في زماننا؛ فلا يبرأ في الكراي إلا بالتسليم إلى المالك. قَيِّدْ بقوله: «مع عبده»؛ لأنَّه لو ردَّها مع أجنبيٍّ لا يبرأ، لكنَّ هذا على قول من قال من المشايخ: ليس للمستعير أن يودع؛ لأن الإعارةَ تملكُ المنفعة، والمنفعة مملوكةٌ للمستعير، فيملكُ التصرُّفَ فيه، والإيداعُ تصرُّفٌ في ملك الغير، وهو العينُ قِصْدًا، فلا يملكه، وهو الصحيح. وأما على قول من قال: له أن يُودع؛ فينبغي أن يبرأ، وهو المختار؛ لأن الوديعةَ أدنى حالاً من العارية، فإذا جاز للمستعير الإعارةُ فأولى أن يجوز له الإيداعُ. كذا في «التبيين».

(دون الوديعة) يعني: لو ردَّ المودعُ الوديعةَ إلى الإصطبل أو مع الغلام؛ لا يبرأ؛ لأنَّه لو رضيَ بكونها في يد من في عياله أو داره لَمَّا أودع عنده.

(كتاب اللقيط)

وهو بمعنى الملقوط، أي: المأخوذ عن الأرض. وفي الشرع: اسمٌ لِمَا يطرح على الأرض من صغار بني آدم خوفًا من العيلة، أو فرارًا من تهمة الزنا، فمن رآه إن غلب على ظنِّه أنَّه يضيع بتركه¹، كما إذا كان في مفازةٍ أو مسبعةٍ؛ فأخذَه واجبٌ، وإلا؛ فمندوبٌ. (يحكم بحريته)؛ لأن الدارَ دارُ الأحرار، والحريَّةُ هي الأصلُ، فيحُدُّ قاذفُه، ولا يحُدُّ قاذفُ أمه. (وليس لغير الملتقط أخذُه منه) أي: من الملتقط؛ لأن يده عليه أسبقُ، فلا يتمكُّنُ غيره من إبطالها بغير حقِّ، بخلاف ما لو دفعه إلى آخر؛ ليس له أن يستردَّه؛ لأنَّه رضيَ بإبطال يده، ولا يجوزُ له أن يبطلَ يدَ الثَّاني عليه. كذا في «المحيط».

(وينفق عليه من بيت المال) لِمَا روي أن عمر رضي الله عنه فرض له النفقةَ منه، وكذا أرشُ جنائيه منه، فيكون ميراثُه لبيت المال؛ لأن الغنم بالغرم.

(فإن أنفق الملتقط) على اللقيط من مال نفسه (كان متبرعًا، إلا أن يأذن له القاضي بشرط الرجوع) على اللقيط؛ لكون ما أنفقه عليه دينًا².

قَيِّدْ الإِدْنَ بشرط الرجوع احترازًا عما قال الطحاويُّ: إذا أمر القاضي بإنفاقه يرجع عليه بعد البلوغ وإن لم يشترط الرجوع؛ لأن للقاضي ولايةً عامَّةً، فأمرُه بالإنفاق كأمره بنفسه، والأصحُّ ما ذكر في المتن؛ لأن مطلق الأمر يحتمل الحسبة والاستدانة، فلا يرجع عليه بالشكِّ.

(أو يصدِّقه اللقيط إذا بلغ) يعني: إذا لم يأمر القاضي بإنفاقه؛ فصدِّقه اللقيط بعد البلوغ في أنَّه أنفقه للرجوع، فله الرجوع؛ لأنَّه أقرَّ بحقِّه.

(ومن ادَّعى أنه) أي: اللقيط (ابنُه ثبت نسبه منه)؛ لأنَّه إقرارٌ للصبي بما ينفعه، ويدفع العارَ عنه، ولا منازعَ له، فيأخذه المُدَّعي من الملتقط؛ لأن من ضرورة ثبوت النسب له أن يكون أحقُّ بحفظ ولده من أجنبيٍّ. وقيل: لا يأخذه؛ لأن إقراره صحيحٌ في حقِّ النسب فقط دون إبطال يد الملتقط.

وفي «الذخيرة»: هذا إذا لم يدَّعه الملتقطُ، فإن ادَّعاه؛ فهو أولى من غيره لرجحانه باليد، حتى لو كان الملتقطُ ذميًّا، فادَّعاه؛ يكون أولى من المسلم الخارج المُدَّعي، وكان القياسُ أن لا يُسمع دعوى الملتقط؛ لأنَّه أقرَّ أولاً أنَّه لقيطٌ، فإذا ادَّعاه أنَّه ابنُه؛ لا يكون لقيطًا، فيكون مناقضًا، لكن صحَّ دعوئُه استحسانًا؛ لأن حالَ الولد الصغير قد يشبه³ على الناس لخفائه، فيظنُّ أولاً أنَّه لقيطٌ، ثم تبين أنَّه ولده، والتناقضُ لا يمنع ثبوت النسب كالملاعن إذا أكذب نفسه.

¹ د + بتركه.

² د: ديناً عليه.

³ د: تشبهه.

(فإن ادّعاه) أي: نسب اللقيط (اثنان، وذكر أحدهما علامةً فيه) أي: في جسده، (أو سبق) أحدهما في الأخذ (كان أولى) من الذي لم يذكر علامةً لشهادة الظاهر له، وكذا من الذي تأخّر عنه في الأخذ؛ لأن حقّ السابق ثابتٌ في زمانٍ لم يناعه الآخر. (وإن ادّعياه معاً ثبت منهما) النسب، أقاما البينة عليه أو لا؛ لعدم الأوليّة.

(ولا نعتبر قول القائف) وهو الذي ينظر إلى شبه الأولاد بالأباء، فيخبر أنّ هذا الولد لفلان. وقال الشافعي: يُعتبر قوله؛ لما روي أنّ النبي صلى الله عليه وسلم حكم بالقائف في مثله¹.

ولنا: قولُ عمر رضي الله عنهما: هو ابْنهما يرثهما ويرثانه، فلا يُعتبر قوله؛ لأنّه غير عالمٍ بالحقيقة. وفي «الحقائق»: يُشترط أن يكون القائف من أهل الشهادة، ولا يشترط العدوّ، وهو الصحيح، وإن لم يوجد القائف؛ يقرع بينهما، ويحكم لمن خرجت قرعته.

(ويرجّح بالإسلام) يعني: إذا ادّعى اللقيط مسلمً ودميً أنّه ابنه؛ يرجّح دعوى المسلم، سواء كان دعوها مجردةً أو ببينة. اعلم أنّ هذا الحكم غير مجرئ على عمومته؛ لما ذكرنا من أنّ الملتقط مرجّح بيده وإن كان الخارج مسلماً، ولأنّ بينة الكافر إذا كان أكثر إثباتاً يرجّح بينته، ولا يرجّح بالإسلام، كما إذا أثبت بينة الذمي أنّه ولده وُلد على فراشه، وبينة المسلم أنّه ولده فقط. كذا في «الخانية».

(والحرية) كما إذا ادّعاه ذميً أنّه ابنه، وادّعى مسلمً أنّه عبده؛ يرجّح دعوى الذمي؛ لأن فيه إثبات الحرية. (فإن وجد في بعض أمصار المسلمين أو قراهم، فادّعاه ذميً؛ ثبت نسبه، وكان مسلماً)؛ لأن موجب كلامه شيئان: ثبوت النسب منه، وكفره، فيثبت ما ينفعه، وهو النسب، وردّ ما يضره، وهو الكفر.

وفي «المحيط»: هذا إذا كان عليه زئي المسلمين، وإن كان عليه زئي الكفرة كصليب في رقبته وزنار في وسطه؛ يكون كافراً، وإن كان زئي مشكلاً، فالتقطه نصرانيً، فادّعاه؛ فهو ابنه على دينه وإن كان وجده في مسجد.

(أو في قرية لأهل الذمة، أو ببيعة) وهي معبد النصارى، (أو كنيسة) وهي معبد اليهود، (والواجد ذمي؛ كان اللقيط ذميًا) تبعًا للمكان والواجد. (وإن كان مسلماً ههنا) أي: في قرية أهل الذمة، (أو ذميًا هناك) أي: إن كان الواجد ذميًا كائناً في أمصار المسلمين، (فاعتبار المكان، أو الواجد، أو الإسلام روايات) عن أبي حنيفة، ففي رواية: اعتبر المكان؛ لكونه أسبق إليه من يد الواجد، حتى لو وُجد في دار الإسلام يكون مسلماً، ولو وُجد في مكان أهل الذمة يكون ذميًا، سواءً كان الواجد مسلماً أو ذميًا. وفي رواية: اعتبر الواجد؛ لأن يده قائمة عليه ينقله حيث شاء. وفي رواية: اعتبر الإسلام نظرًا للصغير.

(وإن ادّعاه عبده ثبت منه) نسب اللقيط (وكان حرًا)؛ لأن الحرية هي الأصل، وكونُ أمه أمةً مشكوكًا، فلا يثبت به الرقبة (ولا يُقبل دعوى عبوديته)؛ لأنه محكومٌ عليه بحرثته؛ لكونه في دار الأحرار، إلا أن يقيم المدّعي بينةً عليها، فيكون الملتقط خصمًا له باعتبار يده. وإن لم يقم بينةً، وأقرّ اللقيط بعد بلوغه بأنّه رقه، وصدّقه المقر له بنظر، إن كان ذلك قبل إجراء أحكام الأحرار عليه من قبول شهادته وضرب قاذفه يكون رقيقًا، وإن كان بعده لا يصحّ إقراره؛ لأنّه اتّصل به تكذيبٌ من جهة الشرع بإجراء الأحكام عليه، فصار كتكذيب المقر له. كذا في «المحيط».

(وإذا كان معه مالٌ) يعني: مشدودٌ عليه أو على دابةٍ هو عليها (كان له) اعتبارًا للظاهر، ويقضى³ حوائجه منه. (ولا يزوجه الواجد، ولا يتصرّف في ماله) لانعدام ولايته عليه بالقرابة أو بالملك أو بالتسليط من غيره، ولهذا لو أمر الملتقط بختان اللقيط، فهلك؛ يضمن، ولو زوجه الإمام ولم يكن له مالٌ؛ فالمهر في بيت المال.

(ويقض عنه) أي: لأجل اللقيط (الهيئة)؛ لأنه نفع محض، (ويسلمه في صناعة)؛ لأنه من باب تأديبه وحفظ حاله. (ولا يؤاخره في الأصح) قيّد به احترازًا عن رواية القدوري من أنّ إجارته جائزة كإجارة الأمّ الصغير؛ لأن فيها صونًا عن الفساد بكونه مشغولًا بعمل.

¹ صحيح البخاري، فضائل الصحابة 17؛ صحيح مسلم، الرضاع 40 بمعناه.

² د: فكان.

³ د: وتقضى.

وجه الرواية الأولى: إنَّ الملتقطَ لا يملكُ إتلافَ منافعه، فلا يُؤاخره كالعَمِّ، بخلاف الأم؛ لأنَّها تملكُ¹ إتلافَ منافعه مجاناً، فتملكه بعوضٍ.

(ويمنع) أبو يوسف (الإمام عن استيفاء القصاص لو قتل) اللقيط عمداً. وقال: له ذلك. قَيِّد باستيفاء القصاص؛ لأنَّه ليس له ولايةُ العفو اتِّفاقاً؛ لأنَّه يُطالبُ لحقِّ المسلمين، وله ولايةُ الصلح على الدية اتِّفاقاً؛ لأنَّه نفعٌ لهم.

له: إنَّ الاستيفاء كان للوليِّ، ووليُّه مجهولٌ، فلا يستوفي.

ولهما: قوله صلى الله عليه وسلم: «السلطانُ وليُّ من لا وليَّ له»²، ووليُّ اللقيط مجهولٌ، فصار كالمعدوم.

(وقبلوا شهادته) أي: شهادةُ اللقيط إذا بلغ على رجلٍ (بالزنا) وقال مالكٌ: لا يُقبلُ للتهمة؛ لكونه غيرَ معروف الأب.

ولنا: إنَّ التهمةَ يرتفعُ بالعدالة، فتقبل³ في الزنا كما قبلت في غيره.

(كتاب اللقطة)

وهي مالٌ يوجدُ على الأرض ولا يعرف له مالكٌ، وهي على وزن الضحكة مبالغةً في الفاعل، وهي لكونها مالاً مرغوباً فيه؛ جُعِلَتْ أخذاً مجازاً لكونها سبباً لأخذ من رآها.

(إذا أشهد الملتقطُ أنه يأخذها ليردَّها) إلى مالِكها (كان أميناً) حتى لو هلكَتْ في يده لا يضمنُ. (ولم يشترط) أبو يوسف (الإشهاد) على أنَّه أخذها ليردَّها، ويكفي فيها أن يقول: من سمعتموه ينشدُ لقطَةً فدلُّوه عليَّ، والقولُ قولُهُ مع يمينه أنَّه أخذها ليردَّها. وقال: يضمنُ إذا لم يشهد.

قَيِّد بالإشهاد؛ لأنَّه لو أقرَّ أنَّه أخذها لنفسه يضمنُ اتِّفاقاً، ولو تصادفاً أنَّه أخذها ليردَّها لم يضمنُ اتِّفاقاً؛ لأنَّ تصادُفَهُما كالبينة. وفي «الخانية»: هذا الخلافُ فيما إذا أمكنه أن يشهد، أما إذا لم يجدْ أحداً يشهدهُ عند الرُّجوع، أو خاف من أنَّه لو أشهدَ يأخذُ منه الظالمُ، فترك الإشهاد؛ لا يكون ضامناً اتِّفاقاً. هذا إذا اتَّفقا أنَّه لقطَةٌ، وإن اختلفا، وقال⁴ صاحبها: أخذتْها غضباً، وقال الملتقطُ: لا، بل أخذتها لقطَةً لك؛ يضمنُ اتِّفاقاً.

له: إنَّ أخذها مندوبٌ إن لم يخفَ ضياعها، وواجبٌ إن خاف، فكان⁵ مأذوناً من الشَّرْع، والمأذونُ منه كالمأذون من المالك.

ولهما: إنَّ إذنَ الشَّرْع مقيِّدٌ بالإشهاد؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «من أخذ لقطَةً فليشهدْ عليه ذوي عدلٍ»⁶.

وإن لم يشهد عليه الملتقطُ، فهلكَتْ في يده، وقال مالِكها: أخذتْها لنفسك، وقال الملتقطُ: بل أخذتها لأجلك؛ لا يضمنُ عند أبي يوسف خلافاً لهما.

وفي «النوادر»: لو ضاعت من يده، ثم وجدها في يد رجلٍ؛ فلا خصومةَ له معه، بخلاف المودع حيثُ له أن يخاصمَ إذا وجد الوديعةَ في يد آخر؛ لأنَّ حقَّ أخذ الوديعة ثابتٌ للمودع لا للرجل⁷ الثَّاني، وفي اللقطة ثابتٌ حقُّ الأخذ للثَّاني كالأول؛ لأنَّهما سيَّان في الالتقاط.

(وبعزِّفها) أي: الملتقطُ اللقطةَ في الأسواق والشوارع (مدَّةً يغلبُ على ظنه أن صاحبها لا يطلبها بعد ذلك) أي: ذلك الزمان

الذي عرِّف فيه (هو الصحيح) أي: هو المختارُ من الأقوال الواردة في مدة التَّعريف.

(وتعريفُ ما دون عشرة دراهم) أي: تعريفُ لقطَةٍ لا يبلغُ قيمتها عشرة دراهم (أياماً) يعني: بلا تقديرٍ، بل بحسب ما يراه

الملتقطُ روايةً عن أبي حنيفة، (وهي وما فوقها) أي: تعريفُ اللقطة إن كانت قيمتها عشرة دراهم فصاعداً (حولاً روايةً) عن أبي حنيفة؛

لأنَّ مقدارَ العشرة مالٌ يتعلَّقُ به القطعُ، ويُستحلُّ به البضعُ.

¹ د: يملك.

² مصنف ابن أبي شيبة، 77/20؛ مسند أحمد بن حنبل، 165/6.

³ د: فيقبل.

⁴ د: فقال.

⁵ ح: وكان.

⁶ السنن الكبرى للنسائي، 418/3؛ شرح مشكل الآثار، 164/8.

⁷ د: الرجل.

اعلم أنّ هذه المدة فيما لم يتسارع إليه الفساد، فإن تسارع؛ فمدّة تعريفه مقدّرة إلى خوف الفساد، وعند الشافعيّ: يبيعهما ويتبرّصُ بثمانها حولًا.

(ثم يتصدّقُ بها إن شاء) يعني: بعد تعريف المدّة المذكورة الملتقطُ مخيّرٌ بين أن يحفظها حسبةً لله تعالى، وبين أن يتصدّقُ بها؛ لأنّه لمّا عجز عن إيصال عين اللقطة إلى صاحبها؛ جاز له أن يوصلَ عَوْضَهَا، وهو الثواب على اعتبار إجازته.

(فإن جاء صاحبها، فأمضاها) أي: الصدقة يكون له ثوابها، (وإلا) أي: إن لم يُمها (ضمن الملتقط)؛ لأنّه سلّم ماله إلى غيره بغير إذنه، (أو المسكين إن شاء) لو هلكت في يده؛ لأنّه قبض ماله بغير إذنه.

وهذا التصدّق من جهة كونه مأذونًا من الشّرْع يملكه الفقير قبل الإجازة، ومن جهة أنّه غير مأذونٍ من المالك ثبت للفقير ملكٌ غير لازم، فيضمنها له، فإن ضمن الملتقط لا يرجع على الفقير؛ لأنّه ملكها من وقت الأخذ بالضمان، ونفذت الصدقة عليه، وإن ضمن الفقير؛ لا يرجع على الملتقط؛ لأن الفقير أخذها لنفسه، فصار كغاصب الغاصب.

اعلم أنّ هذا في لقطة لها قيمة، وإن كان شيئًا لا يُعاد إلى آخذه عادةً، ككسرة خبزٍ، وسنابل بعدما حصد الزرع، فالتقطها رجلٌ، فأكلها؛ لا يضمن؛ لأن تركها إباحةً دلالةً، لكن لصاحبها أن يأخذ منه إذا وجدها في يده؛ لأن الإباحة لا يوجب سقوط الملك عن العين. كذا في «المحيط».

(وإن كانت) اللقطة في يد الملتقط أو المسكين (قائمة؛ أخذها منه)؛ لأنّه وجد عين ماله.

(وإن أتلف العبدُ الملتقط (ما التقطه قبل التعريف بيع) العبدُ لقضاء قيمته كما يباع في سائر إتلافاته، (أو فديّ) على بناء المجهول، أي: فداه مولاه بقضاء ما توجّه عليه من الضمان، (أو بعده؛ طوبى به للحال) يعني: إن أتلفها العبدُ بعد تعريفه يطالبه المالك بضمانه في الحال، فيفديه المالك أو يبيعه؛ لأنّه ضمانٌ استهلاكٌ.

(ولم يؤخّروه إلى عتقه) وقال مالكٌ: يطالبُ العبدُ به بعد العتق؛ لأن الشّرْع أذن له في ذلك بشرط الضمان، فيكون مخصوصاً به، فلا يظهر في حقّ المولى.

(ويجوز للفقير) الملتقط (أن ينتفع بها)؛ لأن صرفه إلى فقيرٍ آخر كان للثواب، وهو مثله.

وفي «النوادر»: لو أنفقها على نفسه، ثم أيسر؛ لا يلزمه أن يتصدّقَ بمثلها على فقيرٍ آخر؛ لأنّه وضع اللقطة في موضعها.

(ولا نجيزه) أي: الانتفاع بها (للغني) الملتقط. وقال الشافعيّ: يجوز بحكم القرض؛ لأنّه صلى الله عليه وسلم قال لأبي بن كعبٍ بعدما عرّف لقطة ثلاث سنين: «اخلطها بمالك، فإن جاء طاليها فادفعها إليه، وإلا فانتفع بها»¹، وإنه كان من الميسير.

ولنا: إنّ تناوُل مال الغير بغير إذنه غير جائزٍ بلا ضرورةٍ بإطلاق النصوص، وإنما جاز للفقير بالحديث، فبقي فيما وراءه على الأصل، وأمّا انتفاع أبي بن كعب بها؛ كان يحكم القرض بإذن الإمام، ولا كلام في جوازه، وإنما الكلام فيما كان بغير إذن الإمام.

(ولا يتصدّقُ بها عليه) أي: على غنيّ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «فإن جاء صاحبها، وإلا فتصدّقُ بها»²، والصدقة لا يجوز على الغنيّ.

(ويجوز أن يتصدّقُ بها الغنيّ على أهله الفقراء) لِمَا فيه نظرٌ للملتقط والمالك.

(ويجوز) الالتقاط (في الشاة والبقر والإبل والفرس).

اعلم أنّ المذكور في «شرح الأقطع»: أنّ التقاط هذه الثلاثة غير جائزٍ عند الشافعيّ، والمذكور في «الهداية»: أنّه يخالفنا في أولويّة التقاطها أو تركها، فعندنا التقاطها أولى إن أمرَ على نفسه عن وقوع الحرام لغلبة الخيانة في زماننا، وعنده تركه أولى؛ لأن مبيح الأخذ خوف الضياع، وهو قليلٌ في هذه الثلاثة لأنها أمنها عن الدّئاب، وإنما عدّ المصنّف هذه الحيوانات إشارةً إلى أنّ جواز التقاطها متفقٌ عليه في الأصحّ.

(فإن أذن له الحاكم في التّفقة) على اللقطة؛ (كان دينًا على صاحبها)؛ لأن أمر القاضي كأمر المالك؛ لعموم ولاية النّظر له. أطلق الإذن ههنا، وهو قول بعض أصحابنا، لكن الأصحّ: أنّ القاضي إذا لم يشترط في إذنه للإنفاق الرجوع لا يرجع، وفي إنفاق اللّقيط بإذن القاضي فيما سبق قيده بشرط الرجوع، وهنا لم يقيد، ولعلّه اكتفى به.

(وإلا) أي: إن لم يأذن (كان متبرّعًا) في إنفاقه؛ إذ لا ولاية له على المالك.

¹ سنن الترمذي، الأحكام 35؛ مسند عبد بن حميد، 84/1 بمعناه.

² لم أجده مرفوعًا. انظر: مصنف ابن أبي شيبة، 217/11، 219.

وفي «الذخيرة»: إذا جاء رجلٌ إلى القاضي بالدائبة، وقال: هي لقطعة لا أدري صاحبها؛ لا يأمره بالإفناق ولا بالبيع مطلقاً؛ لجواز أن يكون الدائبة مغصوبةً، وقد احتال بهذه الحيلة لتصير النفقة ديناً على المالك، أو يبرأ عن الضمان بالبيع؛ لأن الغاصب إذا باع المغصوب بأمر القاضي يبرأ عن الضمان، كما لو باع بأمر المالك، بل يقول القاضي: إن كان الأمر كما قلت أمرتُك بالإفناق أو بالبيع.

(ويؤجرها الحاكم، وينفق عليها من الأجرة) لمصلحة بقاء العين مع عدم لزوم الدين (إن كان لها) أي: للقطعة (منفعة، وإلا؛ باعها إن كان يبيعها أصلح، وحفظ) الحاكم (تمنّها)؛ لأن إبقاء ثمنها كإبقاء عينها معنى، بخلاف الأبق المردود إلى القاضي حيث لا يؤجره؛ لأنه غير أمينٍ من إياقه ثانياً.

(وإن رأى الإفناق مدة قصيرة) كيومين أو ثلاثة بقدر ما يراه الحاكم (أصلح) مفعولٌ ثانٍ لـ«رأى». (أمر به) أي: الحاكم الملتقط بالإفناق، (وجعلها) أي: النفقة (ديناً) على المالك رجاء أن يظهر مالها، وإن لم يظهر يبيعها ويحفظ ثمنها؛ لأن النفقة في إمساكها تستغرقت قيمتها، فيتضررُ به صاحبها، (فيحبسها) أي: الملتقط القطع عن المالك إذا حضر (لاستيفائها) أي: لقبض نفقتها، فلو هلكت اللقطة بعد الحبس تسقط¹ النفقة؛ لأنه بالحبس شابة الرهن، ولو هلكت قبله لا تسقط².

(وإذا ادعاه) أي: رجلٌ اللقطة بأنها به (لم تدفع³ إليه إلا بينة) فإذا دفعها بينة، وجاء آخر، فأقام بينة أنها له؛ إن شاء ضمن الآخذ، وإن شاء ضمن الدافع.

وفي «الخانية»: هذا إذا دفعها بغير قضاء القاضي، وإن دفعها به؛ لا يضمن، وفي الدفع بالبينة الصحيح أنه لا يأخذ كفيلاً من مُدعي اللقطة.

(ويحلُّ له) أي: للملتقط (دفعها إليه بذكر علامة) كذكر عدد الدراهم ووزنها ووصف وعائها. (ولا نجبر) أي: لا إجبار على الدفع عندنا بذكر العلامة. وقال الشافعي: يجبر عليه؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «فإن جاء صاحبها وعرف عفاصها وعددها؛ فادفعها إليه»⁴.

ولنا: إنه يدعي مالاً في يد غيره، فيحتاج إلى البينة؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «للمدعي البينة»⁵، فيحمل الأمر بالدفع على الإباحة جمعاً بين الحديتين.

(ونسوي بين لقطة الحل والحرم) يعني: لقطة الحرم يكون مملوكاً إذا لم يوجد صاحبها كلقطة الحل. وقال الشافعي: لا يملك، بل يجب تعريف لقطة الحرم إلى أن يجيء صاحبها؛ لقوله صلى الله عليه وسلم في ذكر أوصاف الحرم المختصة به: «لا يحلُّ لقطتها إلا لمنشد»⁶، المراد منه: طاليتها، وهو المالك.

ولنا: قوله صلى الله عليه وسلم: «عرفها سنة، ثم استنفقها»⁷ بلا فصلٍ بين لقطة الحل والحرم، والمراد من المنشد عندنا: المعرفُ بقرينة حديثٍ آخر: «لا يلتقط لقطته إلا من عرفها».

فإن قلت: هذا الحكم عامٌّ، فلم ذكره في أوصاف الحرم؟

قلت: لدفع وهم من يتوهم أن لقطة الحرم لا تملك أصلاً كما لا يقطع شجرته، وأن لقطة الحرم غير محتاجة إلى تعريفها؛ لأنها يكون للغرباء غالباً، ويكون مالها ذاهباً، فيبين أن الحرم كالحل في حكم اللقطة. والله أعلم⁸.

(كتاب الخنثي)

(إذا كان للمولود فرجان، فبال من أحدهما، أو سبق؛ اعتبر به) يعني: إذا بال من الذكر، أو سبق خروج البول منه؛ يكون غلاماً، وإذا بال من الفرج أو سبق منه؛ يكون أنثى؛ لأن كلاً منهما يدل على قوة ذلك العضو.

1 ح: يسقط.

2 ح: يسقط.

3 ح: يدفع.

4 سنن أبي داود، اللقطة 1؛ المعجم الكبير للطبراني، 251/5.

5 سنن الترمذي، الأحكام 12؛ شرح مشكل الآثار للطحاوي، 328/11.

6 صحيح البخاري، اللقطة 7، المغازي 50؛ سنن أبي داود، المناسك 89.

7 صحيح البخاري، اللقطة 2، 9؛ صحيح مسلم، اللقطة 2؛ مسند أحمد بن حنبل، 117/4. وأخرج البخاري في العلم 28، بلفظ: «ثم استمتع بها».

8 د - والله أعلم.

(وإن كانا معاً) أي: إن كان البول أو السبقي صادرين معاً من العضوين؛ (فهو مشكل) يعني: يكون خنثى مشكلاً أحكامه عند أبي حنيفة، حتى قال: لا علم لي به. (واعتبروا بالأكثر) يعني: قالوا: أي الفرجين أكثر بولاً حين خروجه منهما معاً يكون معتبراً؛ لأن كثرة بوله يدل على قوته وأصالته.

روي أن أبا حنيفة قال: يا أبا يوسف، هل رأيت قاضياً يكيل البول بالأواني؟ فتوقف أبو يوسف في الجواب. ويمكن أن يقال: كان لأبي يوسف أن يقول لأبي حنيفة: هل رأيت عالماً يزن العذرة؟ حيث ذهب إلى أن وزن الدرهم مانع عن الصلاة، وإنما لم يقله تأدباً من أستاذه، وأن يكون هذه من حكايات الجهلة. وله: إن الكثرة في أحدهما يحتمل أن يكون لضييق مخرج الآخر، فلا يدل على القوة. وإن كانا في الكثرة سواءً؛ فهو خنثى مشكلاً اتفاقاً؛ لانعدام المرجح.

(فإذا بلغ، فظهرت له أمارات الرجال) كاللحية ووطء النساء، (أو النساء) أي: أو ظهرت علاماتهن²، كالثدي والحيز وإمكان الوصول إليه من فرجه، (اعتبر بها. وإن لم يظهر، أو تعارضت) بأن يكون له لحية وثدي؛ (كان مشكلاً، فيؤخذ فيه بالأحوط، فيقدم على صف النساء) ويؤخر عن الرجال. هذا تفصيلاً للأخذ بالأحوط. (فإن صلى معهن أعاد) صلاته لاحتمال كونه رجلاً، (ومع الرجال) أي: إن صلى معهم (أعاد من عن يمينه) أي: الذي في جانب يمينه، (وشماله وخلفه) صلواتهم لاحتمال كونه امرأة.

(ويصلي بقناع، ويجتنب لبس الحرير والتحلّي) بحلي النساء؛ لاحتمال كونه رجلاً. (ولا يخلو به غير محرم، ولا يسافر إلا معه) أي: مع المحرم من الخنثى، (وتختنه أمة تشتري⁴ له من ماله، وإلا) أي: إن لم يكن له مال (فمن بيت المال) أي: تشتري أمة منه؛ لأنه معد لمصالح المسلمين، (ثم تباع⁵) تلك الأمة بعدما ختنته، ويرد ثمنها في بيت المال.

(ولو ورث مع ابن؛ فهو أنثى) أي: له نصيب أنثى عند أبي حنيفة، فله سهم، وللابن سهمان؛ لأن الأقل متيقن. (وقال: له نصف ميراثي ذكر وأنثى) وهو قول الشعبي، وأتفق عليه، لكن في الترخيص يختلفان، (فيعطيه) أي: أبو يوسف الخنثى (ثلاثة أسهم من سبعة) يعني: يجعل المال بينهما سبعة أسهم؛ للخنثى ثلاثة، وللابن أربعة؛ لأن الخنثى ابن في حال وبنث في حال، وللبنت في الميراث نصف الابن، فيجعل له نصف كل حال، فيكون للخنثى ثلاثة أرباع ابن، فكأنه اجتمع ابن وثلاثة أرباع ابن، فإذا جعل كل ربع سهماً يكون للابن أربعة أسهم، وللخنثى ثلاثة أسهم. (لا خمسة من اثني عشر) أي: قال محمد: يجعل المال بينهما اثني عشر، فللخنثى خمسة منها؛ لأنه إن كان ذكراً؛ فالمال بينهما نصفان، وإن كان أنثى؛ فالمال بينهما أثلاث، فيعطيه نصف كل حال، وللابن كذلك، فاحتجنا إلى حساب يقسم نصفه نصفين وثلاثة نصفين، وأقل ذلك اثني عشر، فللخنثى نصف ستة ونصف أربعة، فيكون خمسة، وللابن نصف ثمانية ونصف ستة، فيكون سبعة.

اعلم أن نصيب الخنثى على تخريج أبي يوسف أكثر من نصيبه على تخريج محمد؛ لأن ثلاثة من سبعة أكثر من خمسة من اثني عشر؛ لأننا لو زدنا نصف سبع على ثلاثة أسباع؛ يصير نصف المال، والخمسة لا يصير نصف المال.

(وإذا مات الخنثى) قبل أن يبين حاله، (يؤم) بضم الباء وكسر الميم المشددة، أي: جعل ذا تيمم؛ لتعذر أن يغسله رجل أو امرأة، وفي «الصحيح»: يقال: يمت المريض فتيمم. ثم إن الميم إن كان محرماً من الخنثى؛ فبدون الخرق، وإن لم يكن؛ فبالخرقة.

(وكيف كالمرأة) يعني: في خمسة أئواب احتياطاً في إقامة السنة. والله أعلم بالصواب⁶.

(كتاب المفقود)

وهو غائب لم يدّر موضعه.

(إذا جهل مكان المفقود وحياته؛ نصب القاضي من يحفظ ماله)؛ لأنه ناظر لكل عاجز عن نظر نفسه.

¹ د: وإذا.

² ح: علامتهن.

³ د: أو مع.

⁴ د: يشتري.

⁵ د: يباع.

⁶ ح - والله أعلم بالصواب.

(ويستوفي حقوقه) أي: غلاته ودينونه التي أقرَّ بها غرماؤه، وكذا يؤدِّي القاضي من ماله الذي من جنس ما عليه إذا علم وجوبه، ولا يطلب حقوقه من العقار والعروض التي في يد رجل؛ لأنه محتاج إلى الخصومة، وهو ليس بخصم اتفاقاً؛ لأنه وكيل من جانب القاضي. والخلاف في أن الوكيل يقبض الدين وكيلاً بالخصومة إنَّما جرى في وكيل منصوب من المالك، وليس للقاضي أن ينصب وكيلاً عن الغائب للخصومة له أو عليه خلافاً للشافعي، ولو فعل القاضي وحكم نفذ اتفاقاً؛ لأنه قضاء في مجتهده فيه، كما لو حكم بشهادة المحدود في قذف.

(وينفق من ماله على من يجب عليه نفقته في حضوره) أي: حال حضور الغائب (بغير قضاء) القاضي، كزوجته ووالديه وأولاده الصغار والكبار الزمنى، حتى إذا تمكَّنوا من ماله؛ جاز لهم أن يأخذوه لنفقتهم. المراد من ماله الذي ينفق منه: الثَّقدان والمكيل والموزون، وأما عروضه؛ فلا يباع لنفقتهم اتفاقاً، إلا عند أبي حنيفة، فإنه جوزَّ للأب بيع عروضه لنفقة نفسه. احترز بهذا القيد عمَّن لا تجب نفقته على الغائب حال حضوره إلا بقضاء، كالأخ والأخت والحال والخالة، فلا ينفق عليهم من مال المفقود؛ لأن نفقتهم محتاجة إلى القضاء، وهو على الغائب غير جائز؛ لأن القضاء لقطع الخصومة، وهي من الغائب غير متصوِّرة.

اعلم أنَّ الإنفاق من مال المفقود إنَّما يجوز إذا كان المأل في يد القاضي، أو كان ديناً أو وديعةً، وأقرَّ المديون أو المودع بالنيكاح أو النسب. وأمَّا إذا أنكرهما؛ لا يُنفق عليهم، وليس لأحدٍ من مستحقي النفقة أن يثبت النكاح أو النسب بالبينة؛ لأنه دعوى على الغائب.

(ويبيع منه) أي: وكيل المفقود من ماله (ما يخاف هلاكه) لتعدُّر حفظه بصورته، فيحفظه بمعناه، وهو الثمن. قيَّد بالخوف؛ لأن ما لا يخاف هلاكه لا يباع.

(إذا مضت مدة لا يعيش مثله إليها) أي: إلى تلك المدة بأن مات جميع أقرانه في بلده لا في الدنيا، حتى لو بقي واحد منهم لا يحكم بموته. كذا في «الخلاصة». (حكيم بموته)؛ لأن عيش إنسان بعد موت جميع أقرانه نادر، هذا هو ظاهر الرواية، وهو الأقيس؛ إذ لم يرد نص في المقدار. وعن أبي حنيفة: إنَّها مقدرة بمائة وعشرين من وقت ولادته؛ لأنه نهاية أعمارنا. وقيل: مقدرة بتسعين سنة؛ لأنه غاية أعمار زماننا غالباً، وهو الأرفق بالناس. قال الصدر الشهيد: وعليه الفتوى؛ لأنه أقل المقادير، وفي تفحص¹ موت الأقران حرج.

(واعتدَّت زوجته، وقُسمت تركته) بين ورثته الموجودين وقت الحكم بموته؛ لأنه كأنه مات في ذلك الوقت، فلم يرث منه من مات قبله.

(ولم يعيَّنوا أربعة أعوام، ولم يقطعوا نكاح الأول بدخول الثاني) يعني: قال مالك: إذا مكثت امرأة المفقود أربع سنين؛ يفرق القاضي إن سألته ذلك، وتعتد عدة الوفاة، ثم تتزوج² من شاءت، فإن جاء الزوج الأوَّل قبل دخول الزوج الثاني؛ فهو أحقُّ بها، وإن جاء بعده؛ فلا سبيل له عليها.

له: إنَّ عمر رضي الله عنه قضى هكذا.

ولنا: إنَّ علياً رضي الله عنه قال في امرأة المفقود: هي امرأته حتى يأتيها البيان من موت أو طلاق، وعن عمر رضي الله عنه: أنه رجع إلى قول علي رضي الله عنه.

(ويجعل المفقود حياً في ماله) فلا يرث عنه أحد، لكن ورثته لو أقرُّوا بموته وفي أيديهم مال؛ قسم القاضي بينهم، ولا يُعتبر إقرارهم في دينه ووديعة إذا جحد الغريم والمودع موته؛ لأنَّهم يدعون حقَّ القبض والانتزاع عن أيديهما، فلا يُقبل بلا بينة. كذا في «المحيط».

(ميتاً في مال غيره) فلا يرث عن أحد؛ لأن كونه وارثاً مشكوك فيه؛ لكون حياته مشكوكاً فيها، فتورث الوارث المتيقن أوَّلَى.

(كتاب الإباقي)

وهو تمرُّد العبد في الانطلاق، فمن وجدته؛ فهو بالخيار، إن شاء دفعه إلى الإمام، وإن شاء حفظه بنفسه، وكذلك الضالُّ، وهو من ضلَّ عن طريق منزله من غير قصد.

¹ ح: تفصح.

² د: يتزوج.

(إذا ردَّ الآبِقُ من مسيرة السَّفَرِ فصاعداً من أشهدَ عليه) أي: على الآبِقِ، قوله «من» فاعلُ «ردَّ». (أنَّه أخذه ليردَّه؛ وجب له الجعلُ) بضم الجيم، وهو ما يجب للعامل على عمله، (أربعون درهماً) وفي «الكافي»: ليس هذا على الإطلاق؛ لأنَّ الابنَ لو ردَّ عبدَ أبيه لا جُعِلَ له؛ لأنَّ خدمته واجبةٌ عليه، وكذا أخذُ الزَّوجين مع الآخر؛ لأنَّ كلاً منهما يحفظُ مآلَ صاحبه عادةً، وأمَّا لأبٍ¹ لو وجد عبدَ ابنه، فإنَّ كان الأبُّ في عياله؛ فلا جُعِلَ، وإلا؛ فله الجعلُ.

(وفيما دونها بحسابه) يعني: إنَّ ردَّه فيما دون مسيرة سفرٍ؛ يجب بحسابه، مثلاً: إذا ردَّه من نصف مسيرة سفرٍ تجب عليه عشرون درهماً، وفي الأصل: إذا وجدته في المصر أو خارجه وردَّه؛ يُرضخُ له، وعن أبي حنيفة: لا شيء له في المصر، وإن اختلفا في مقدار الرضخ يقدره الإمامُ.

قيَّد بما دونه؛ لأنَّ الردَّ لو وُجِدَ من أكثر من مسيرة السَّفَرِ لا يزداد² عليه بحسابه؛ لأنَّ الزيادة على المقدار الثابت شرعاً بالرأي غيرُ جائزٍ، حتى لو صالحَ على أكثر من أربعين يطرحُ الفاضلُ كيلاً يكون رباً، كما لو صالح من³ أربعين دراهم دين على خمسين درهم. وفي «المحيط»: لو قال المولى: أرسلته في حاجةٍ ولم يَأْبُقْ؛ لا جُعِلَ عليه؛ لأنَّ إباقه يُعرفُ من جهته، إلا أن يقيم الرادُّ بينةً على أنَّ مولاه أقرَّ به.

وفي «الذخيرة»: إذا قال المولى لآخر: عبدي أبق، إن وجدته فخذ، فقال: نعم، فلو وجدته وردَّه؛ فلا جُعِلَ له؛ لأنَّ استعان منه، وقد وعد له الإعانة، فوفى بوعده.

(ولا نوقفه على الشرط) يعني: وجوبُ الجعل غيرُ موقوفٍ على شرط المولى عندنا. وقال الشافعي: موقوف؛ لأنَّ الرادَّ إذا عمل لغيره من⁴ غير عقدٍ شرط؛ كان متبرعاً، كما لو ردَّ العبدَ الضالَّ.

ولنا: ما روي: أنَّ ابن مسعود رضي الله عنه قدَّر الجعلَ في مدَّة السفر بأربعين درهماً من غير بيانٍ شرط، أمَّا ردُّ الضال؛ فلم يُسمع فيه إيجابُ شيءٍ، فبقي على أصل القياس.

(فإن كانت قيمته) أي: قيمة الآبِقِ (أقلَّ منه) أي: من أربعين درهماً، وقد ردَّه من مسيرة سفرٍ، (حكم له) أي: محمداً للرادِّ (بقيته إلا درهماً. ويأمر) أبو يوسف (بالجعل كاملاً)؛ لأنَّه مقدَّرٌ شرعاً بلا تعرُّضٍ لقيمة الآبِقِ، فيجب اتِّباعه.

ولمحمداً: إنَّ إيجابَ الجعل كان لإحياء حقوق الناس نظراً لهم، ولا نظراً في إيجاب أربعين برداً ما لا يساويه، ولا في إيجاب الجعل المستغرق للقيمة، فوجب أن ينقص منها درهمٌ؛ ليحصل شيءٌ من النظر للمالك.

(وإن⁵ أبق منه) أي: العبد من الذي أخذه (فلا عليه) أي: لا شيءٌ للمولى عليه من التَّضمين؛ لأنَّ الآبِقَ كان في يده أمانةً على تقدير أخذه بالإشهاد.

وفي «القنية»: رادُّ الآبِقِ إذا استعمله في الطَّرِيق في حاجة نفسه، ثم أبق منه. يضمن.

(ولا له) أي: لا جُعِلَ للاخذ على المولى؛ لأنَّه في معنى البائع من المولى، ولهذا كان للاخذ أن يحبس الآبِقَ من المولى لاستيفاء الجعل، فصار كالمبيع الهالك في يد البائع.

(ولو ردَّه) أي: الآبِقِ (إلى المصر، فمات المالك وهو مورثه) أي: والحال أنَّ مالك الآبِقِ كان مورثاً للرادِّ (قبل قبضه؛ يبطله)

أي: أبو يوسف الجعل. وقالوا: له الجعل في التركة.

قيَّد بموت المالك؛ لأنَّه لو مات العبدُ يبطل الجعلُ اتِّفاقاً.

وقيَّد بقوله: «قبل قبضه»؛ لأنَّه لو مات بعد القبض لا يبطل الجعلُ اتِّفاقاً.

وفي «المحيط»: هذا إذا كان معه وارثٌ آخر، ولو كان الوارثُ هو الرادُّ وحده؛ فلا جُعِلَ له اتِّفاقاً.

1 ح: الأب.

2 د: يزداد.

3 ح: عن.

4 د: ممن.

5 ح: فإن.

له: إنَّ وجوبَ الجعل مضافاً إلى التَّسليم لا إلى الأخذ، ولهذا لو هلك قبله لا يجب الجعل، وفي وقت التَّسليم صار العبدُ مشتركاً بينه وبين وارثِ آخر، فصار عاملاً فيما هو شريكٌ فيه، فلا يستحقُّ الأجر، كما لو أخذ المورثُ ميتاً. **ولهما:** إنَّ الوجوبَ مضافاً إلى العمل، وأثر التَّسليم في باب العقود في تأكيد البدل لا في إيجابه، وهنا التَّسليم فأت في حصَّته لا في حصَّة وارثِ آخر، فصار كما لو صيغ ثوباً للمورث، ثم مات قبل التَّسليم؛ لا يسقطُ الأجر في حصَّة شريكه؛ لأنَّ الشركة لم يتمكَّن في العمل، وإنَّما تمكَّن في التَّسليم، وذلك لا يُسقطُ الأجر، بخلاف ما لو أخذ المورثُ ميتاً؛ لأنَّ العمل وقع في محلِّ مشتركٍ. **(ويجعل المدبَّر وأُمُّ الولد لا المكاتب كالقن)** يعني: إذا أبق المدبَّر وأُمُّ الولد، فردَّ إلى مولاها؛ وجب الجعل كالقن؛ لأنَّهما مملوكان.

فإن قيل: إنَّما يجب الجعل بإحياء المائيَّة، وأُمُّ الولد لا مائيَّة لها عند أبي حنيفة. قلنا: لها مائيَّة باعتبار كسبها؛ لأنَّ المالك أحقُّ به.

فإن مات المولى قبل أن يصلأ إليه؛ فلا جعل له؛ لأنَّهما يعتقان بموته، بخلاف القن. هذا في المدبَّر الخارج من التُّلث ظاهر، وأما في غير الخارج منه؛ فلائنه حُرٌّ مديونٌ عندهما، وكالمكاتب عنده، فلا يجعل برِّد المكاتب؛ لأنَّه أحقُّ بكسبه، والمولى لم يستفد بهذا الرِّدِّ إلا بدل الكتابة، وكان بمنزلة رِّدِّ غريم له عليه دينٌ.

(كتاب إحياء الموات)

وهي الأراضي المنقطعة عن الانتفاع.

(إذا أحيى مسلمٌ أو ذمي أرضاً) أراد به: إحياءها صورةً بحيث يكون سبباً للحياة التَّامية. **(لا ينتفع بها)** لغلبة الماء عليها، أو لانقطاع عنها، أو لكونها سبخةً، ونحوها من الأسباب المانعة عن الرِّزاعة. سمَّيت مواتاً تشبيهاً لها بالميتة الغير المنتفعة بها. **(وليست بمملوكة لمسلم ولا ذمي)** قيَّد به؛ لأنَّها لو كانت مملوكةً لا يكون مواتاً وإن لم يعرف مالكها، بل يكون لجماعة المسلمين، فلا يكون لواحدٍ أن يتملكها على التَّخصيص، فمتى عرف مالكها؛ ردَّت إليه، وضمن زارعها نقصان الأرض. **(وهي بعيدة من القرية)** الواو فيها للحال، **(إذا صاح من 2 بأقصى العامر)** بمعنى: المعمور، كما يقال: ﴿مَاءٌ ذَافِقٌ﴾ [الطارق، 6/86] أي: مدفوق يعني: يكون بعدها من القرية بحيث إذا صَوَّت من قام بمتمته الأراضي المعمورة **(لا يسمع بها)** أي: في تلك الأرض **(صوتُه)** قيَّد به؛ لأنَّ ما كانت قريبةً من القرية؛ يرتفق أهلها بها حقيقةً أو دلالةً، فلا يكون مواتاً. **(ملكها)** جوابٌ لقوله: «إذا أحيى»؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «من أحيى أرضاً ميتةً فهي له»³.

(وإذن الإمام شرط) لتملكها عند أبي حنيفة، حتى لو أحيها بغير إذن لا يملكها. وقالوا: ليس بشرط، بل يملكها بدون؛ لأنَّها كانت مباحةً، ويده سبقت إليها بالخصوص، فيملكها كما في الحطب والصيد.

وله: إنَّ الأراضي مغنومةٌ لاستيلاء المسلمين عليها، فلم يكن⁴ لأحدٍ أن يختصَّ بها بدون إذن الإمام كسائر المغانم.

(ومن حجر أرضاً) أي: وضع الأحجار حولها، والمراد به: نصب علاماتٍ في حدودها منعاً لغيره عن إحيائها، كإحراق ما فيها من الشوك، وغرز الأغصان حولها. ولو حوَّطها أو سَمَّها بحيث يعصم الماء؛ يكون إحياء؛ لأنَّه كالبناء، وكربُّ الأرض ليس بإحياء، إلا أن يبذر فيها⁵، وحفر البئر لا يكون إحياءً إذا لم يبلغ الماء. كذا في «المحيط».

(وأهلها) أي: لم يعمرها **(ثلاث سنين؛ دُفعت إلى غيره)** لقول عمر رضي الله عنه: ليس لمتحجِّرٍ بعد ثلاث سنين حقٌّ، وأما لو أحيها غيره قبل انقضاء هذه المدَّة؛ ملكها؛ لأنَّ الأوَّل كان مستحقاً بها من جهة التعلُّق لا من جهة التملك، كما في السوم على سوم غيره.

(وحريم بئر النَّاضح) أي: نواحيها، والناضح: البعير الذي يستقي عليه الماء **(أربعون)** يعني: من حفر بئراً في مواتٍ ليستقي منها بالبعير؛ يكون حريمها من كلِّ جانبها أربعين ذراعاً عند أبي حنيفة **(كالعطن)** أي: كما كان حريمها للعطن أي: لمبرك الإبل حول

¹ ح: ولا.

² ح - من.

³ صحیح البخاری، المزارعة 13، معلقاً؛ سنن أبي داود، الخراج 35-37؛ مسند أحمد بن حنبل، 381/3.

⁴ د: تكن.

⁵ ح: يزرعها.

الماء للستقي أربعين ذراعًا اتِّفَاقًا. (وقالا: ستون) ذراعًا؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «حريمُ بئرِ العطنِ أربعون ذراعًا، وحريمُ بئرِ الناضحِ ستون ذراعًا»¹.

وله: قوله صلى الله عليه وسلم: «من حفر بئرًا؛ فله ما حوله أربعون ذراعًا»² من غير فصلٍ، ولمَّا تعارضَ الخبران؛ أخذنا بالأقلِّ لتيقُّنه.

وفي «المحيط»: إذا كان عمقُ البئرِ زائدًا على أربعين؛ يُزادُ عليها.

(ويقدَّرُ للعينِ خمسمائةٍ من كلِّ جانبٍ) لما روي أنَّه صلى الله عليه وسلم قال: «حريمُ العينِ خمسمائةٌ من كلِّ جانبٍ»³. (ويمنعُ غيره من الحفرِ فيه) أي: في حريمه؛ لاحتمال أن ينقصَ ماءُ البئرِ الأوَّلُ بالحفرِ الثاني، ولو حفرَ فيما وراءَ حريمه، فذهبَ ماؤه؛ لا شيءَ عليه.

(ويلحقُ ما امتنعَ عودُ دجلة) وهي نهرُ الكوفةِ (والفراتِ إليه بالمواتِ) الجائرُ والمجرورُ متعلِّقٌ بـ«يلحقُ»، يعني: إذا تركَ دجلةٌ ونحوه مكانًا، وعدلَ عنه إلى غيره، وامتنعَ عودُه إلى مكانه الأوَّلِ؛ يكونُ مواتًا؛ لأنَّ قهرَ الماءِ فاتَ عنه، فصارَ في قهرِ الإمام. (إذا لم يكن حريمًا لعامرٍ) أي: لمكانٍ معمورٍ، (وإن جازَ عودُه) أي: عودُ مائه إلى مكانه الأوَّلِ (لم يجزَ إحياءُه)؛ لأنَّ حقَّ المسلمين قائمٌ فيه بجوازِ العودِ وكونه نهرًا.

(والنهرُ في ملكِ الغيرِ لا حريمٌ له) عند أبي حنيفةٍ (إلا ببينةٍ) أي: بأن يقيمَ بينةً على ثبوتِ الحريمِ له. (وقالا: له حريمٌ بقدرِ إلقاءِ الطينِ ونحوه)؛ لأنَّ النهرَ إنَّما يُتَنَفَّعُ بالحريمِ؛ لاحتياجِ صاحبه إلى المشي في جانبه لتسييله، فصارَ كالبئرِ. وله: إنَّ الحريمَ ثبتَ في البئرِ بالنصِّ على خلافِ القياسِ، فيقتصرُ على مورده. وكذا الخلافُ لو حفرَ في أرضِ مواتٍ. كذا في «المحيط». وذكر في «الكفاية»: الاختلافُ في نهرٍ كبيرٍ لا يحتاجُ إلى كربه في كلِّ حينٍ، أمَّا الأنهارُ الصغارُ التي يحتاجُ إلى كربها في كلِّ حينٍ؛ فلها حريمٌ بالاتِّفاقِ.

(وقيل: هذا بالاتِّفاقِ) وفي «المحيط»: قال المحقِّقون: للنهرِ حريمٌ بقدرِ ما يحتاجُ إليه بالاتِّفاقِ لضرورةِ الاحتياجِ إليه. (وفي روايةٍ: يقدِّرُه) أي: أبو يوسف الحريمَ (بنصفِ عرضِ النهرِ من جانبه)؛ لأنَّ طينَه يلقي من جانبه، فيقسمُ عرضَه عليهما. (وقدِّره) أي: محمَّد الحريمَ (بكلِّه) أي: بكلِّ عرضِه من كلِّ جانبٍ؛ لأنَّه قد لا يمكنه إلقاءُ الطينِ من جانبه جميعًا، فيقدِّرُ عرضَه من كلِّ جانبٍ.

(فصل) في الشرب

وهو النصيبُ من الماءِ، قال الله تعالى: ﴿وَلَكُمْ شِرْبٌ يَوْمَ مَعْلُومٍ﴾ [الشعراء، 155/26].

(ويجوزُ قسمةُ الماءِ بينَ الشُّركاءِ) باعتبارِ ثبوتِ الحقِّ كقسمةِ الغنائمِ، (ودعوى الشُّربِ بغيرِ أرضٍ) لجوازِ أن يكونَ حقُّه في الشربِ فقط، بأن باعَ الأرضَ وبقيَ شربُها، وكانَ القياسُ أن لا يجوزُ؛ لأنَّ إعلامَ المدَّعي في الدعوى شرطُ صحَّةِ الدعوى، والشربُ مجهولٌ لا يقبلُ الإعلامَ، ولكن جازَ استحسانًا، ولو أقامَ بينةً على ذلك يُقبَلُ.

(ويورثُ) الشربُ؛ لأنَّه حقٌّ ماليٌّ كالتقاصِ، (ويوصى بمنفعته)؛ لأنَّ الوصيةَ أخثُ الميراثِ، فيجوزُ إيصاؤه كالإرث. (لا بوقبته) يعني: لا يوصى بتصدُّقِ الشربِ من فلانٍ؛ لأنَّه باطلٌ، ووصيتهُ باطلَةٌ أيضًا؛ لأنَّ ما لا يجوزُ تملكه حالَ حياته؛ لا يجوزُ تملكه بعد وفاته.

(ولا يباعُ، ولا يوهبُ، ولا يتصدَّقُ به) لاشتماله على الجهالةِ الفاحشةِ، وامتناعِ قبضه، مع كونه غيرَ متقومٍ، حتى لو سقى شربه غيره لا يضمنُ.

(ويشتركُ⁴ الناسُ في ماءِ الأوديةِ والأنهارِ العظامِ في الشفَّةِ وسقيِ الأرضِ) بأن يحييَ مواتًا، ويشقُّ نهرًا لسقيها، (ونصبِ الأرحيةِ) بأن يشقُّ منها ساقيةً لينصبَ عليها رحىً وداليةً، وكلٌّ منهما جائزٌ إذا لم يضرَّ بالعامَّةِ.

¹ لم نجدَه كذلك إلا في الأصلِ للشيباني، 40/7، 146/8. وقال الزيلعي غريب، انظر إلى نصبِ الراية له، 292/4-294.

² سنن ابن ماجه، الرهون 22 بمعناه؛ الأصلُ للشيباني، 145/8.

³ لم نجدَه كذلك إلا في الأصلِ للشيباني، 40/7، 146/8.

⁴ د: ويشترك.

(وفي الشفة لا غير) أي: يشترك¹ الناس في حقي الشفة فقط (في النَّهر الخاصِّ بالقرية) يعني: يجوز لغير أهلها أن يشاركوه في ذلك الماء بالشُّرب منه، وسقي الدوابِّ، وأخذ الوضوء، وغسل الثياب، وغيرها؛ لشدَّة الحاجة إليها، ولا يسقي أرضه من ذلك الماء إلا بإذنه.

(والبئر والحوض) يعني: حكُّهما كحكم النهر الخاصِّ.

(وليس لأحدٍ أن يأخذ شيئاً للشَّفة ولغيرها (مما أُحرزَ منه) أي: من ذلك الماء في حَبِّ² ونحوه، (إلا برضا صاحبه)؛ لأنَّه كان مباحاً سبقَتْ إليه يده بالإحراز، فصار ملكه كالحشيش، ولهذا جاز بيعه، إلا أنَّه لا يُقطع في سرقته لشبهة الشَّرْكة فيه. وفي «الذخيرة»: إذا ملأ عبدٌ أو صبيُّ الكوزَ من ماء الحوض، وأراق بعضه في الحوض؛ لا يحلُّ لأحدٍ أن يشرب من ذلك الحوض؛ لأنَّه خلط ملكه بالماء المباح، ولا يمكن تمييزه، وكذا لو جاء صبيُّ بالكوز من ماءٍ مباحٍ لا يحلُّ لأبويه أن يشربا منه إذا كانا غنَّين؛ لأنَّ الماء صار مملوكاً له، ولا يحلُّ لهما الأكلُ من ماله بغير حاجةٍ.

(وإذا كان النهرُ أو العينُ في ملك رجلٍ؛ جاز له منع غيره من دخوله، فإن لم يجد غيره) أي: إن لم يجد المحتاج إلى الماء غير ذلك الماء المملوك (مكَّنه منه) أي: من دخوله للماء، (أو أخرجته إليه، فإنَّ منعه) أي: الماء منه (وهو يخاف العطش) على نفسه، أو على مطيِّته (قاتله بالسلاح)؛ لأنَّه قصد إتلافه بمنع حقه، وهو الشَّفة عنه. (وفي المحرز بغير سلاح) يعني: إذا منع ماءه المحرز في إنائه؛ فلطالب أن يقاتله بعضاً ونحوه؛ لأنَّه منع ما ملكه بالإحراز، لكنَّه ارتكب معصيةً، فقام مقاتلته مقامَ التعزير له.

(وتكرى³ الأنهارُ العظامُ من بيت المال)؛ لأنَّ منفعتها للعاقبة، وبيتُ المال معدُّ لنفعهم، وإن لم يكن في بيت المال شيءٌ؛ أجبَر الناس على كريها إحياءً لحقِّهم.

(والمشتركُ من الشركاء) يعني: يكرى النهرُ المشتركُ للمملوك لجماعةٍ مخصوصةٍ من مالهم، فمن أبى منهم نُجِبَ عليه دفعاً للضرر عن الشركاء، (دون أهل الشَّفة، ويحبس⁴ من يمتنع منهم) يعني: ليس عليهم قسطن من الكري؛ لأنَّ شركتهم عاقبةٌ، ولا يجبرهم الإمام، كما لو امتنعوا عن عمارة أراضيمهم. وقال بعضُ مشايخنا: يجبر الإمام على الكري أصحاب الشَّفة.

(ومؤنة الكري إذا جاوز أرض رجل مرفوعة عنه) عند أبي حنيفة. وفي «الخانية»: الفتوى على قوله. (وقالوا: كرى كَلَّه على كلِّهم) مثلاً؛ إذا كان النهرُ مشتركاً بين عشرة أنفسٍ؛ فعلى كلِّ واحدٍ منهم عشرُ مؤنة الكري، فإذا تجاوزوا عن أرض أحدهم؛ فعلى كلِّ من الباقين تسعُها، فإذا تجاوزوا عن أرضٍ أخرى؛ فعلى كلِّ منهم ثمنُها، وعلى هذا عند أبي حنيفة، وقالوا: على كلِّ من الشركاء أعشارٌ من أوَّل الكري إلى آخره؛ لأنَّهم كانوا متساويين في حق الشَّفة، بدليل أنَّ واحداً من السُّفُل لو باع أرضه؛ فلصاحب الأرض من أعلى النهر أن يأخذها بالشَّفة، فكذا متساوون في مؤنة الكري؛ لأنَّ الغرم بالغرم.

وله: إنَّ أهل الأعلى لا يحتاجُ في سقي أرضه إلى كرى الأسفل، فلا يشارُكه في مؤنته، بخلاف أهل السفلى؛ لأنَّهم كانوا محتاجين إلى كرى الأعلى في سقي مائهم، فشاركهم فيه، فُعْلِمَ أنَّ مؤنة الكري إنَّما تجبُّ لحاجة سقي أرضه لا لشركته، بدليل أنَّ من استغنى عن سقي أرضه من ذلك النهر المشترك بأن كان له ماءٌ من موضعٍ آخر؛ لا يجب عليه كرى النهر المشترك، بخلاف الشَّفة؛ لأنَّها إنَّما تنبث⁵ بالاشتراك.

وفي «الحقائق»: الاختلافُ في النهر الخاصِّ، وأمَّا النهرُ العامُّ الذي عليه قرىٌ يشربون منها إذا اتَّفَقوا على كربه، فبلغوا فوَّهة نهرٍ قريبةً؛ يُرْفَع عنهم مؤنة الكري اتِّفاقاً.

وعلى هذا الخلاف إذا احتاجوا إلى إصلاح حافتي النهر.

(وإذا كان له الجري) أي: جري النهر (في أرض غيره؛ فليس لربِّ الأرض منعه)؛ لأنَّه في منعه إضراراً للناس.

(وإذا اختصموا في شرب) من نهرٍ اشتركوا (كان بينهم على قدر أراضيمهم)؛ لأنَّ الحاجة فيه مختلفةٌ بقلة الأراضي وكثرتها،

فيتقدَّر بقدرها.

¹ د: يشرك.

² د: جب.

³ ح: ويكرى.

⁴ د: ويحير.

⁵ ح: يثبت.

(وليس للأعلى أن يسكر ليستوفي) أي: إذا كان أرض الأعلى منهم مرتفعة، والماء قليلاً بحيث لا يمكنه سقي أرضه بتمامها إلا بسدّه؛ لم يكن له ذلك؛ لأن الماء يكون محبوساً عن الباقيين في بعض المدّة، وفيه منعٌ لحقهم. (إلا بتراضيتهم) يعني: إذا رضا بسكره جاز، وكذا لو اصطلحو على أن يسكر كلٌّ منهم في نوبته.

وفي «النوادر»: لو طلب أهل الأعلى حقهم، وأهل الأسفل يمنهم من إحداث السكر؛ فالقاضي يجعل الماء بينهم بالتّوب، أهل الأعلى يسكرون في نوبتهم بوضع اللوح، ويحبسون به الماء ولا يسكرون.

(ولا يشقُّ أحدهم منه نهراً، ولا يتخذ جسراً)؛ لأن موضعه مشتركٌ بينهم، وشغلّه ببنائه غير مشروع. (ولا ينصبُّ رحيّاً) لِمَا فيه من كسر جانب النهر وتغيير جري الماء عن سننه.

(ولا يسوق شربه إلى أرضٍ أخرى ليس لها شرب)؛ لأن صاحبها يحتمل أن يدّعي بتقادم العهد أنّ له حقّاً في الشرب، (إلا بتراضيتهم) استثناءً عن الأفعال المنفيّة، يعني: إذا رضي الشركاء بشقّ نهر أحدهم، واتخذ الجسر عليه، وأخواتهما؛ يجوز لإسقاطهم حقوقهم برضايتهم. والله أعلم².

(كتاب المزارعة)

وهي عقدٌ على الزرع ببعض الخارج.

(وهي باطلّة) عند أبي حنيفة، أي: فاسدة، ثم عنده إن كان البذر من المزارع؛ يغرم لربّ الأرض أجرَ مثلها، وكان الخارج للمزارع يطيب له قدر بذره، وما أنفق، وما غرم، ويتصدّق بالباقي؛ لأنّه من كسبٍ خبيث؛ لأنّه ربّاه في ملك غيره. وإن كان البذر من ربّ الأرض؛ كان الخارج له، ويغرم للزرع أجرٌ مثل عمله، والزرع كلّهُ يطيب له؛ لأنّه حصل في ملكه. كذا في «الحقائق».

(وقالا: جائزةٌ) لِمَا روي أنّه صلى الله عليه وسلم عاملٌ أهل خيبر على نصفٍ ما يخرج من تمرٍ أو زرع³.

وله: إنّ النبيّ صلى الله عليه وسلم نهى عن المخابرة والمحاكمة⁴، وهما المزارعة، ومعاملته صلى الله عليه وسلم أهل خيبر كان خراج مفاصلة بطريق المنّ والصلح، وهو جائز.

(ويختار للفتوى) للاحتياج إليها، وتعامل الأئمّة بها، والقياسُ يتركُّ به كما في الاستصناع.

قال المصنّف في «شرحه»: إنّما صرح بقولهما وإن كان يُفهم من إطلاق الجملة الاسميّة؛ لأنّها لمّا اعتقبت باختيار الفتوى؛ فذكره صريحاً أوضح من أن يدلّ على المختار بالالتزام.

أقول: على هذا كان ينبغي عليه أن يستثنى في ديباجته بأن يقول: فإن اقتسم القولان طرفي النفي والإثبات؛ اقتصرنا عليهما، إلا أن يكون قولهما مختاراً للفتوى، على أنّ انهما قولهما من الجملة الاسميّة ليس بالالتزام، بل بالحقيقة نظراً إلى اصطلاحه الذي وضعه، ولو قال: وهي باطلّة فيفتى بقولهما؛ لكان أوجز.

(ونجيزها) أي: المزارعة منفردة (من غير تبعيّة المساقاة، واتحاد العامل والعقد، وعسر الأفراد بالعمل، وتخلل البياض بين ما سوقي عليه) وقال الشافعي: إنّما يجوز المزارعة تبعاً للمساقاة.

وفي «شرح الحاوي»: لو قال: ساقيتك وزارعتك يصحّ، ولو قال: زارعتك وساقيتك لم يصحّ عنده بشرط أن يكون العامل فيهما واحداً وعقدّهما واحداً، وبشرط أن تكون الأراضي المتخلّلة بين الأشجار متعبّرةً زراعتهما على الانفراد؛ لأن المساقاة جائزةٌ لشبهها بالمضاربة من حيث إنّ الشركة ثابتةٌ في الزيادة دون الأصل، والزراعة لا يشبهها؛ لأنّه لو شرط فيها الشركة في الزيادة بعد رفع البذر الذي هو الأصل؛ يفسد، فيجوز المزارعة بتبعيّة المساقاة، كما جاز بيع الشرب تبعاً للأرض، ووقف المنقول تبعاً للعقار.

ولنا: ما مرّ من دليل الجواز من غير نقل الشروط المذكورة.

(ويشترط صلاحية الأرض) يعني: لصحة المزارعة على قولهما شروط ثمانية معدودة في المتن:

أحدها: أن يصلح الأرض للزراعة؛ لأن ما هو المقصود من الزرع إنّما يحصل به.

(وأهليّة العاقدين)؛ لأن العقد إنّما يصحّ من أهله.

¹ د: تنصب.

² د - والله أعلم.

³ الطبقات الكبرى لابن سعد، 114/2؛ صحيح البخاري، المزارعة 5 بمعناه؛ التجريد للقدوري، 3721/7.

⁴ صحيح البخاري، المساقات 18؛ صحيح مسلم، البيوع 82.

(والتخلية بينها) أي: بين الأرض (وبين العامل) حتى لو شرط فيها العمل لربّ الأرض؛ يفسد لانعدام التخلية.
(والشركة في الخارج على الشيوع) أراد به: ما يخرج مقصوداً؛ لأنهما لو شرطا التبن نصفين والحب لأحدهما؛ لا يجوز؛ لأن المقصود من الزرع هو الحب، لا التبن. (حتى يفسد) المزارعة، هذا تفرغ للشرط الرابع. (باشتراط قفزان معلومة لأحدهما) لاحتمال أن لا يخرج إلا مقدار ما شرطه. أراد بالمعلومة: أن يكون معلومة بالعدد؛ لأنها لو كانت مجهولة بالعدد ومعلومة من حيث السهم كما إذا شرط صاحب البذر عشر الخارج لنفسه لا يفسد. (وبرفع البذر، واقتسام الباقي) أي: يفسد أيضاً باشرط أن يرفع صاحب البذر بذره، ثم يفتسما ما بقي منه. (واشرط ما على الماذاينات) جمع الماذايان، وهو نهْر أعظم من الجدول، سمي به؛ لأنه يتولد منه أنهار صغار، وهو فارسيّ معرّب. (والسواقي) وهي الأنهار الصغار، يعني: يفسد المزارعة بهذا الشرط أيضاً، وهو أن يشترط¹ أن ما ينبت على جوانب الأنهار يكون لأحدهما؛ لاحتمال أن لا ينبت إلا على ما عينه من الموضع.

(ويشترط بيان المدّة)؛ لأن المزارعة منعقدة على منافع الأرض إن كان البذر من قبل العامل، أو على منافع العامل إن كان البذر من قبل صاحب الأرض، والمدّة معيار لها، فلا بُدّ من ذكرها.
(وجنس البذر) ليصير الأجر معلوماً؛ لأن الأجر جزء الخارج، فلا بُدّ من البيان ليُعلم أن الأجر من أيّ خارج، وإذا لم يبين فسدت المزارعة، فإذا زرعتها انقلبت جائزة. كذا في «الفصول».

(ومن هو عليه) يعني: بيان من يكون عليه البذر شرطاً أيضاً؛ ليعلم أن المنفعة المعقود عليها منفعة الأرض أو العامل.
(ونصيب من لا بذر له) هذا هو الشرط الثامن، (فإن كانت الأرض والبذر لواحد، والعمل والبقر للآخر، أو الأرض وحدها أو العمل وحده من أحدهما، والباقي من الآخر؛ جازت) المزارعة؛ لأن في الصورة الأولى يقع الاستتجار على العمل، والبقر لله، فصار كما إذا استأجر خياطاً ليخيط بإبرته؛ كان الأجر كله بإزاء خياطته لا إبرته. وفي الصورة الثانية. وهي أن يكون الأرض لواحد والعمل والبقر والبذر من الآخر. يقع الاستتجار على الأرض ببعض معلوم من الخارج، فيجوز، كما إذا استأجرها بدراهم معلومة. وفي الصورة الثالثة. وهي أن يكون العمل من واحد، والأرض والبذر والبقر من آخر. يقع الاستتجار على العمل بألة المستأجر، فصار كما إذا استأجر خياطاً ليخيط بإبرة المستأجر.

(أو البقر والأرض لأحدهما) والبذر والعمل للآخر (لم يجز) المزارعة؛ لأن صاحب البذر استأجر الأرض، واشترط البقر على صاحب الأرض مفسد للإجارة؛ لأن منفعة الأرض الإنباث، ومنفعة البقر الشق، فلا تجانس بينهما حتى يجعل تبعاً للأرض، فيقع الاستتجار على البقر ببعض الخارج، وإنه باطل؛ لأن الشرع إنما ورد باستتجار الأرض أو العامل² ببعض الخارج لا غير، فبقي ما وراءه على البطلان؛ إذ استتجار الشيء بأجرة غير مشار إليه ولا في الذمة لا يجوز، والأثر ورد في استتجار العامل أو الأرض، فقيّصر عليه.
(ويجزها) أي: أبو يوسف هذه الصورة (في رواية) عنه؛ لوجود التعامل هكذا بين الناس، والقياس يُترك به. (ومنعه) محمداً لما ذكرنا.

اعلم أن ههنا ثلاث صور غير ما ذكر في المتن:

إحداها: أن يكون الأرض والعمل من واحد، والبذر والبقر من آخر.

وثانيتها: أن يكون البذر من أحدهما، والباقي من الآخر.

وثالثتها: أن يكون البقر من أحدهما، والباقي من الآخر.

وكل هذه الصور غير جائزة، وجهه يُعرف مما سبق.

(فإذا صحّت) المزارعة (كان الخارج على الشرط) من النصف، أو الثلث، أو غيرهما. (وإن لم يخرج شيء؛ فلا شيء للعامل)؛ لأن أجرته كانت مسماة بأن يكون من الخارج، فإذا لم يخرج لا يستحق شيئاً، بخلاف المزارعة الفاسدة؛ لأن أجر المثل كان في الذمة، وبفوت الخارج لا يفوت الذمة.

(وإذا فسدت كان) الخارج (لصاحب البذر)؛ لأنه نماء ملكه، ولا يستحقه الآخر؛ لأن تسميته فسدت. (وأجر المثل للآخر عن عمله أو أرضه لا يُراد على المسمى) أي: لا يزداد أجر المثل على قيمة ما شرط له من نصف الخارج أو غيره؛ لأنه رضي به. (وأجازها) أي: محمداً الزيادة على المسمى بالغاً ما بلغ؛ لأنه استوفى المنافع بعقد فاسد، فيجب عليه أجر مثلها كاملاً.

¹ د: يشرط.

² ح: العمل.

(ولو شرطاً التبن لرب البذر بعد شرط الحب نصفين جاز) عقد المزارعة؛ لأنه نماء ملكه، وهذا الشرط يلائم حكم العقد. (لا للآخر) يعني: لو شرط التبن للعامل لم يجز؛ لأنه شرط يؤدي إلى قطع الشركة، بأن لا تخرج الأرض إلا التبن. (أو سكتنا عنه) يعني: لو سكتنا عن اشتراط التبن لأحدهما (كان لرب البذر)؛ لأن التبن نماء بذره، ولا يحتاج إلى الشرط، والمفسد هو الشرط غيره. (وقيل) يعني: قال بعض¹ مشايخ بلخ: التبن (بينهما)؛ لأنه تابع للحب، فيدخل في شرطه.

(وإذا امتنع صاحب البذر من العمل) أي: من إعطاء البذر (لم يجبر عليه)؛ لأن الجبر يستلزم الضرر عليه بإتلاف ماله، كمن استأجر أجيرًا ليهدم² دازه لا يجبر على هدمه. (أو الآخر أجبر) يعني: لو امتنع العامل عن العمل أجبر عليه؛ لأنه لا يتلف ماله. (وإذا مات أحدهما بطلت) اعتبارًا بالإجارة. وفي «التبيين»: هذا على إطلاقه جواب القياس، وفي الاستحسان إذا مات أحدهما وقد نبت الزرع؛ يبقى عقد الإجارة حتى يستحصد ذلك الزرع من الأرض، ثم يبطل في الباقي؛ لأن في إبقاء العقد حتى يستحصد مراعاة للحقين، فيعمل العامل أو ورثته، فإذا حصد يقسم على ما شرط، ولا ضرورة في الباقي، فيبطل. ولو مات رب الأرض قبل الزراعة بعد كرب الأرض؛ انتقضت المزارعة، ولا شيء للعامل؛ لأن المنافع إنما تقوم بالعقد، وتقويمها بالخارج، فإذا انعدم الخارج لم يجب شيء.

(وإذا انقضت المدّة) أي: مدّة الزراعة (قبل الإدراك) أي: إدراك الزرع (كان على المزارع أجر مثل نصيبه من الزرع) يعني: يعطي المزارع صاحب البذر أجر مثل الأرض في حق نصيبه من الزرع رعاية للجانبين، (وعليهما النفقة) على الزرع (على مقدار حقوقهما إلى أن يستحصد)؛ لأن العقد انتهى بانتها المدة المضروبة، وبقي الزرع، وهو مال مشترك بينهما، فيكون مؤنثه عليهما، بخلاف ما إذا مات رب الأرض والزرع بقل حيث يكون العمل على العامل؛ لأن مدته لم تنقض، والعقد باق في مدته.

(ويستأجران للحصاد والرفع) أي: رفع ما حصد من موضعه وجمعه في مكان، (والدياس) وهو إدارة البقار بالوطء عليه ليصلح للتذرية، (والتذرية) وهي تمييز الحبوب عن تبنها بالريح، (بالحصص) وهذا الحكم غير مختص بما إذا انقضت مدّة الزراعة قبل الإدراك، بل عام في جميع المزارعات؛ لأن الواجب على العامل قبل الإدراك ما لا بُد للزرع منه كالسقي والحفظ، وأما بعد الإدراك؛ فالعقد انتهى بانتها الزرع، فيكون عليهما ما لا بُد له من العمل.

(فإن شرطاه) أي: العمل الذي يكون بعد انتهاء الزرع كالحصد وغيره (على العامل فسدت)؛ لأنه شرط لا يقتضيه العقد، وفيه منفعة لأحدهما، فهم منه أنهما إن شرطاً عملاً تقتضيه المزارعة، وهو كل عمل ينبت وينمي ويزيد في الخارج؛ لا يفسد.

قيد بقوله: «على العامل»؛ لأنهما لو شرطاً شيئاً من الأعمال المذكورة على رب الأرض يفسد اتفاقاً.

(ويجوز) أبو يوسف (اشتراط الحصاد عليه) أي: على العامل؛ لأن الناس تعارفوا ذلك، وتعاملوا عليه، كالاتصاف، وهو مختار بعض المشايخ للفتوى.

قيد بالحصاد عليه؛ لأن شرط الجذاذ في المساقاة على العامل والحصاد على غير العامل لا يجوز بالإجماع. كذا في «التبيين». وفي «الحقائق»: الفتوى على قول أبي يوسف.

وضع في جانب المزارع؛ إذ لو شرط ذلك على رب الأرض لا يجوز اتفاقاً.

وذكر في «الخانية» عن أبي حنيفة: إن شرط هذه الأعمال على العامل لا يفسد، وكذا عن أبي يوسف، ولزمت عليه بحكم العرف، كما لو اشترى حطباً في المصر لا يجب على البائع أن يحمله إلى منزل المشتري، وإذا شرط عليه يلزمه بحكم العرف. (ومنه) أي: محمداً هذا الاشتراط؛ لأنه شرط لا يقتضيه العقد، فيكون فاسداً، والمزارعة مما يفسد بالشرط الفاسدة.

(فصل)

(ولو شرط التصف بالعمل في شهر كذا والثلث في كذا) كما إذا قال: إن زرع هذه الأرض في شهر رجب فلك نصف الخارج، وإن زرعها في شعبان فلك ثلث الخارج، (فالأول) أي: الشرط الأول (صحيح) عند أبي حنيفة على قول من يجيز المزارعة. (وقالا: هما) أي: الأول والثاني صحيحان؛ لأنهما عقداً بديلين معلومين، فيعتبران لصدورهما من أهل العقد.

¹ ح - بعض.

² د: لهدم.

³ ح: يقتضيه.

وله: إنَّ الشرطَ الأوَّلَ خالٍ عن المزاحم، فيصحُّ، وفي الشَّهر الثاني اجتمع بدلان؛ لأنَّ التسميةَ الأولى باقيةً فيه؛ إذ لو لم يذكر الشرطُ الثاني فزرعه لكان له نصفُ الخارج، فاجتمع في الثاني تسميتان، فيفسدُ العقدُ فيه لجهالة الأجرة.

(ولو اختلفا) أي: ربَّ الأرض والمزارع، (فقال العامل: شرطت لي زيادةً عشرة أقدرة على نصف الخارج، وأنكرها ربُّ الأرض، وذلك) أي: ذلك الاختلافُ كان (قبل العمل؛ فالقول له) أي: لربِّ الأرض عند أبي حنيفة؛ لأنَّه يدَّعي صحَّةَ العقد، والظاهرُ شاهدٌ له. (وقال: للعامل)؛ لأنه ينكُر لزومَ العمل عليه، والقولُ للمنكر، حتى لو اختلفا بعد العمل؛ فالقولُ لربِّ الأرض اتِّفاقاً؛ لامتناع جعله منكراً. ولو أقاما البيِّنة؛ فبينتُ المزارعَ أوَّلِي؛ لأنَّه يثبتُ الزيادةَ.

وإنَّما وضع في الزيادة؛ إذ في النقصان بأن قال المزارعُ: شرطت لي النصفَ إلا عشرة أقدرة، وربَّ الأرض يقول: شرطتُ النصفَ فقط؛ القولُ لربِّ الأرض اتِّفاقاً؛ لأنَّه ينكُر وجوبَ أجر المثل عليه. من «الحقائق».

(ولو شرط ربُّ الأرض والبذر منه) أي: والحالُ أنَّ البذرَ كان من قبل ربِّ الأرض (الثلثُ للعامل والثلثُ للعبد العامل المأذون المديون بغير عمل) أي: بغير اشتراطِ عملٍ على ذلك العبد؛ (فثلثه) أي: ثلثُ العبد الذي كان نصيبه (لربِّ الأرض) عند أبي حنيفة. (وقال: العامل).

قيدٌ بالمديون؛ لأنَّه لو لم يكن مديوناً؛ فما شرط للعبد يكون لمولاه اتِّفاقاً.

وقيد بقوله: «بغير عمل»؛ لأنَّه لو شرط فعلَ العبد يكون المسمَّى له اتِّفاقاً.

وهذه الاختلافُ مبنيٌّ على أنَّ المولى لا يملكُ أكساب العبد المأذون المستغرق بالدين عنده، فاشتراطُه له كاشتراطه للأجنبيِّ بغير عملٍ، فلم يصحَّ، فيكون ذلك الثلثُ لربِّ الأرض؛ لأنَّه نماءٌ بذره، ويملكُ عندهما، فاشتراطُ الثلث للعبد يكون اشتراطاً لمولاه. والدليلُ من الطرفين مرٌّ في كتاب المأذون.

(ولو دفع إليهما) أي: إلى رجلين (أرضاً) مزارعةً على أن يزرعاها (يبذرهما، وسمَّى لأحدهما ثلثَ الخارج، ولاخر خمسين درهماً؛ فالفسادُ شائعٌ) عند أبي حنيفة، فيفسدُ العقدُ فيمن ستمي له ثلثُ الخارج أيضاً. (وقصره على الثاني) أي: على من ستمي له خمسين درهماً؛ لأنَّ الصفةَ متعدِّدةً، ولا يلزم من فساد إحداهما فسادُ الأخرى، وقد سبق نظيره في البيوع. ثم عنده: الخارجُ للعاملين، وعليهما أجرُ المثل، وعندهما: نصفُ الخارج ونصفُ أجر المثل؛ لفساد العقد في حقِّه، ثم يجعلُ الخارجُ لربِّ البذر. (ولو غصبها، فزرعها؛ فالخارجُ له) عند أبي حنيفة؛ لأنَّه نماءٌ بذره. (والعشرُ والخارجُ عليه) أي: على الغاصب عنده؛ لأنَّه تملَّك الأرضَ الناميةَ يداً.

أقول: لو قال: فزرعها يكون الخارجُ له؛ لكان أوَّلِي؛ لأنَّه ليس في هذه المسألة خلافٌ؛ لأنَّ الخارجُ نماءٌ بذره، والخلافُ في صورة نقصان الأرض بالزراعة. هذا هو المفهومُ من شرح¹ «المنظومة».

(وإن نقصت) الزراعة الأرضَ، (فضمن) الغاصبُ نقصانها، (فالخارجُ والعشرُ على المالك) عند أبي حنيفة (مطلقاً) أي: قلَّ ضمانه أو كثر؛ لأنَّه إذا أجزها كان الخارجُ عليه قلَّ أو كثر؛ لكون الأجر قائماً مقام النماء، فكذا الضمانُ؛ لأنَّه بمنزلة الأجر للأرض.

(وقال: العشرُ على الغاصب بكلِّ حال)؛ لأنَّ العشرَ في الخارج، والخارجُ له، (وأما الخارجُ؛ فعلى المالك إن كان الضمانُ أكثر) من الخارج؛ لأنَّ ضمانَ نقصانها صار بمنزلة نمائها، وإن كان مثله؛ فالمشايخُ اختلفوا فيه على قولهما. (وعلى الغاصب من دون الضمان) أي: من غير ضمان التُّقصان، أراد به: لا ضمانَ عليه للنقصان (إن كان أقل)؛ لأنَّ المالك لم ينتفع من الأرض مقدارَ الخارج حتى يجعلَ لها نماءً، بخلاف ما لو أجزها المالكُ بأجرة أقلَّ كان الخارجُ عليه اتِّفاقاً؛ لأنَّه كان متمكِّناً من انتفاعه من الأرض، وفي صورة الغصب المالكُ غيرُ متمكِّنٍ، فينتفي سببُ وجوب الخارج عنه.

(ولو تزوَّج على أن تزرع هي أرضه بالنصف) أي: بنصف الخارج (ببذرهما؛ صح) نكاحه، (وفسدت) مزارعته؛ لأنَّه شرط فيها مقابلةً البضع ببعض الخارج، وهو مجهولٌ، فيفسدُ شرطه، فيفسدُ مزارعته؛ لأنَّها مما يفسدُ بالشرط الفاسدة، فيكون الخارجُ للزوجة، ويكون عليها للزوج أجر المثل.

(فيجعل) أبو يوسف (مهرها نصف أجر مثل الأرض) إن دخل بها أو مات عنها؛ لأنَّه جعلَ نصفَ الخارج مهرًا لها، وأجرُ المثل قامَ مقامَ الخارج، (وربعه) أي: ربع أجر المثل (إن طلقها قبل الدخول)؛ لأنَّ النصفَ ينصِّفُ بالطلاق قبل الدخول، فصار ربعًا.

¹ د: شروح.

(وأوجب) محمدٌ (مهرَ المثل) إن دخل بها؛ لجهالة التسمية. (ولا يزاؤ على أجر مثل الأرض)؛ لأن الزوج عليها أجرٌ مثل الأرض، ولها على الزوج مهرٌ المثل، فيتقاصن إن تساويا أو كان مهرٌ المثل أكثر، وإن كان مهرٌ مثلها أقل؛ فعليها أن تدفع¹ إليه مقدار النقصان، ويسلم لها الخارج كله.

(والمتعة) أي: أوجب محمدٌ المتعة (بالطلاق قبله).

(ولو كان هو العامل) يعني: إذا تزوجها على أن يزرع هو (في أرضها ببذرها) على أن الخارجَ بينهما نصفان، (يجعل) أبو يوسف (مهرها نصف أجر مثل عمله) إن دخل بها، فيكون الحاصلُ كله لها، وربعه إن طلقها قبل الدخول وقبل الزراعة، وعلى قول محمدٍ: لها المتعة. وإن طلقها بعد الزراعة؛ فعلى قول أبي يوسف: للمرأة على الزوج ربع أجر مثل الأرض صدقاً، وللزوج عليها تمام أجر مثل الأرض؛ لفساد المزارعة، فيتقاصن بقدر الربع، وتردُّ الزيادة، وهي ثلاثة أرباع أجر مثل الأرض. وعلى قول محمدٍ: لها المتعة بسبب النكاح، ووجب له عليها أجرٌ مثل جميع الأرض، ولا يتقاصن. من «الحفائق».

(لا مهر المثل) أي: قال محمدٌ: لها مهرٌ مثلها، وللزوج عليها أجرٌ مثل عمله، فيتقاصن إن تساويا، وإلا؛ تراذا الفضل كما مرَّ بيانه آنفاً.

والأصل في هذه المسائل: أن المشروطَ بمقابلة البضع إن كان بعضَ الخارج؛ فالتسميةُ فاسدةٌ عندهم، وإن كان منفعة الأرض أو منفعة العامل؛ فالتسميةُ صحيحةٌ عند أبي يوسف وفسادةٌ عند محمدٍ؛ لأن الزوج جعل منافع الأرض وهو شيءٌ واحدٌ مقابلةً شيئين: نصفِ الخارج ومنافع بضعها، والشئُ الواحدُ متى قوبل بشيئين؛ ينقسمُ على قيمتهما، فينقسمُ منافع الأرض على قيمة الخارج وقيمة منافع البضع، والخارجُ مجهولٌ جهالةً فاحشةً، فيبطل التسميةُ، ويجب مهرٌ المثل.

لأبي يوسف: إنَّ الخارجَ وإن كان مجهولاً، لكنَّ منافع البضع معلومةٌ، والشئُ متى قوبل بمعلومٍ ومجهولٍ؛ انقسم عليهما نصفين؛ لتعدُّر القسمة باعتبار القيمة، ولوجود الإضافة إليهما على السواء، كما لو أوصى بثلث ماله لفلان وللفقراء؛ كان نصُّه لفلان، فكذا فيما نحن فيه.

(أو على أن تررع هي) أي: لو تزوجها على أن تزرع هي (ببذره أرضه، أو هو) أي: لو تزوجها على أن يزرع هو (أرضها ببذره؛ وجب مهر المثل) اتِّفاقاً؛ لأن الحاصلَ في هاتين الصورتين للزوج، فجعل بعضه مقابلاً بمنافع بضعها، فبطل² التسميةُ، وفي الصورتين السابقتين كان المقابلُ بمنافع بضعها نصفَ منافع أرضه أو بدنه، وإنه معلومٌ فافترقا.

(كتاب المساقاة)

وهي المعاملةُ فيما يحتاج إليه في الأشجار ببعض الخارج.

(وهي بجزءٍ من الثمرة باطلة) عند أبي حنيفة. (وقال: جائزة إذا ذكر مدة معلومة) لكن إذا علم أن الثمرة لا تخرج في تلك المدة يفسد العقد؛ لفوات ما هو المقصود منه، وهو الشركة في الخارج. ولو ذكراً مدةً تبلغ الثمرة فيها، وقد يتأخر عنها؛ جاز، لكن إذا تأخرت عن المدة، فللعامل أجرٌ مثله.

قيّد بذكر المدة؛ إذ لو لم يذكرها لم يجز قياساً كما في المزارعة، لكن جَوَّزوا المساقاة بلا ذكر مدةٍ فيما إذا دفع إليه رطبةً قد انتهى جذاؤها على أن يسقيها حتى يخرج بذرها، فيكون بينهما؛ لأن لإدراك البذور وقتاً معلوماً. وكذا جَوَّزوا في الأشجار، لكن العقد يقع على أول ثمرٍ يخرج في تلك السنة؛ لأنه متيقنٌ، وما بعده مشكوكٌ، فلا يدخل، بخلاف المزارعة؛ لأن الزرع يختلفُ ابتداءً وانتهاءً، ربيعاً وخريفاً.

(وجزءاً من الثمر مشاعاً) قيّد به؛ إذ لو شرط جزءاً معيناً يفسد كما في المزارعة.

(وتجوز في الشجر والرطاب وأصول الباذنجان، ولا نقصرها³) أي: المساقاة (على النخل والكرم). وقال الشافعيُّ: يقتصرُ عليهما؛ لأن مساقاة رسول الله صلى الله عليه وسلم بأهل خيبر كان فيهما.

¹ د: يدفع.

² د: فيبطل.

³ د: نقصرها.

ولنا: إنَّ الأصلَ في النصوصِ التعليلُ، وجوازُها للحاجة، وهي تعمُّ الكلَّ، والمرويُّ أنَّ مساقاته صلى الله عليه وسلم أهلَ خيرٍ كانت¹ على ما فيها من الأشجار، لا النخل والكرم فقط.

(وإذا دفع إليه) أي: إلى العامل على وجه المساقاة (نخلًا مثمرًا) أي: فيه ثمرة² صفته أنه (يزيدُ بالعمل جاز) قيّد به؛ لأن الثمرَ لو كان متناهيًا بحيث لا يزيدُ بالعمل لم يجزُ عقده؛ لأنَّه إذا لم يكن لعمله أثرٌ فيه لا يستحقُّ الأجرَ.

(وإذا فسدتُ كان للعامل أجرٌ مثله)؛ لأنَّه في معنى الإجارة الفاسدة.

(وتبطلُ) المساقاةُ (بالموت) كما تبطلُ الإجارةُ، هذا هو القياسُ، ولكن قالوا: لا يبطلُ استحسانًا، فإذا مات ربُّ الأرض والخارجُ بسرًّا؛ فللعامل أن يقومَ عليه حتى يدرك الثمرة، وإن مات العاملُ؛ فلورثته أن يقومَ عليه حتى يدرك.

(ويفسخُ بالأعدار) كما إذا مرض العاملُ وضَعُفَ عن العمل، أو كان العاملُ سارقًا ونحوهما؛ لأن المزارعةَ ينعقد إجارةً، ويتمُّ شركةً، وكذا المساقاةُ، فيفسخُ³ بالعدر كالإجارة.

¹ ح: كان.

² د: تمر.

³ ح: ففسخ.

شرح مجمع البحرين وملتقى النيرين

تأليف

عبد اللطيف بن عبد العزيز بن أمين الدين

المشهور بابن ملك

تحقيق

إلياس قبلان

المجلد الثالث

فهرس المحتويات

460 (كتاب النكاح)
462 (فصل) في المحرمات
470 (فصل) في الأولياء والأكفاء والوكالة في النكاح
478 (فصل) في المهر
493 (فصل) في نكاح الرقيق
497 (فصل) في العيوب
498 (فصل) في نكاح أهل الشترك
503 (فصل) في القسم
504 (كتاب الرضاع)
507 (كتاب الطلاق)
510 (فصل) في إيقاع الطلاق
512 (فصل) في الصريح والكناية، وإضافة إطلاق إلى الزمان
522 (فصل) في طلاق غير المدخول بها، وفي أيمان الطلاق

كتاب النكاح

وهو عقد يردُّ على تملك متعة البضع قصداً.
وفي الفيد الأخير احترازٌ عن البيع ونحوه؛ لأنَّ المقصودَ فيه تملكُ الرقبة، وملكُ المتعة داخلٌ فيه ضمناً.
(يسنُّ حال الاعتدال) لقوله صلى الله عليه وسلم: «النكاحُ سنتي، فمن رغب عن سنتي فليس مني»¹.
(ويجب في التوقان) أي: في حالة شدة الاشتياق إلى الوطء وتمكُّنه منه؛ ليحترز عن الزنا.
(ويكره لخوف الجور) من سوء خلقه؛ لأنَّ ممنوعية الخيف لَمَّا تعارضت سنية النكاح قلنا بكرهته عملاً بالشبهين.
(ونفضله) أي: النكاح (على التخلي للنوافل) أي: على أن يكون خالياً عن النكاح وشواغله، ومشتغلاً للنوافل. وقال الشافعي:
التخلي أفضل.

وفي «الحقائق»: الاشتغال بالتعليم والتعلم على هذا الخلاف.
له إنَّ النكاح من المعاملات حتى صحَّ من الكافر، فالاشتغال بالعبادة المقصودة لذاتها يكون أفضل منه.
ولنا: ما روي: أن قومًا هموا بطلاق النسوان والتخلي لعبادة الرحمن، فردَّ عليهم النبي صلى الله عليه وسلم وقال: «تناكحوا توالدوا»².

فإن قيل: مدح الله تعالى يحيى صلى الله عليه وسلم بكونه سيِّداً وحصوفاً، والحصوفاً من لا يأتي النساء مع القدرة، وهذا يدلُّ على أنَّ التخلي أفضل من النكاح.

قلنا: يحتمل أن يكون ذلك ممدوحاً في شريعتهم، فُنسخ في شريعتنا، وجعل النكاح أفضل منه كما نسخت الرهبانية فيها.
(وينعقد بالإيجاب والقبول، وهما) أي: والحال أنَّ الإيجاب والقبول يكونان (بلفظ الماضي) كقولهما: زوّجت وتزوّجت؛ لأنَّ غرضهما إنشاء الإثبات، فاختر لفظ الماضي الدالُّ على الثبوت. (أو أحدهما) يكون بلفظ الماضي، كما إذا قال لها: أتزوّجك، وقالت: قبلت؛ لأنَّ النكاح إنَّما ينعقد³ بعد تقدُّم الرسالة والخطبة غالباً، فيكون قوله: أتزوّجك عبارةً عن التَّحقيق في الحال، بخلاف البيع حيث لا ينعقد بلفظ البيع؛ لأنَّ البيع يقع بغنة غالباً، فلا يجعل للحال. وكذا⁴ إذا قالت⁵: زوّجني، وقال الآخر: تزوّجتك⁶؛ ينعقد النكاح بينهما؛ لأنَّ قوله: زوّجني توكيلٌ بالنكاح، والواحد يتولَّى طرفي النكاح؛ لكونه سفيراً، ولهذا يرجع الحقوق إلى الموكل، بخلاف ما إذا قال: بيع هذا بكذا، وقال الآخر: اشتريته به حيث لا ينعقد؛ لأنَّ الحقوق في البيع يرجع إلى العقد، فيقع التمانع، وهو أن يكون الوكيل طالباً ومطلوباً.

لا يقال: لو كان قوله: زوّجني توكيلاً بالنكاح لَمَّا اقتصر على المجلس؛ لأنَّنا نقول: هو توكيلٌ في ضمن الأمر بالفعل، فيكون قبوله بتحصيل⁷ الفعل في المجلس، فإذا قام قبله؛ فقد قام قبل القبول.

وفي «النوادر»: لو قال: جئتُك خاطباً، فقالت: زوّجت نفسي منك؛ انعقد.
(ولا تقتصر على لفظي النكاح والتزويج) وقال الشافعي: يقتصر انعقاد النكاح عليهما.
وفي «الحقائق»: هذا إذا ذكر المهر، ولو لم يذكره؛ لا يصح، إلا إذا أراد من التزويج النكاح.
(فينعقد بالتَّمليك والصدقة والهبة والبيع والشراء) أي: ينعقد النكاح عندنا بهذه الألفاظ.
وفي «المحيط»: لو طلب من امرأة زنا، فقالت: وهبت نفسي منك بحضرة الشهود، وقيل الزوج؛ لا يكون نكاحاً؛ لأنَّ هذا جوابٌ لَمَّا التمس منها، لا نكاح.

¹ سنن ابن ماجه، النكاح 1؛ ومعناه مخرج في صحيح البخاري، النكاح 1.

² لم نجد بهذا اللفظ إلا في بدائع الصنائع، 243/6؛ وأخرج في مصنف عبد الرزاق، 173/6 بلفظ: «تناكحوا تكثروا»؛ وسنن ابن ماجه بلفظ: «أنكحوا فاني مكاتر بكم».

³ ح: يعقد.

⁴ د + وكذا.

⁵ د: قال.

⁶ د: زوجتك.

⁷ د: لتحصيل.

له: إنَّ الزَّوجَ إِذَا مَلَكَ زَوْجَتَهُ فَسَدَ نِكَاحُهَا، فَلَا يَكُونُ مَا يَدُلُّ عَلَى التَّمْلِيكِ مُوجِبًا لَهُ، بَلِ الْأَصْلُ فِي الْمُتَنَاقِحِينَ مَعْنَى الْإِنْتِزَامِ، وَهَذَا اللَّفْظَانِ حَقِيقَتَانِ فِيهِ، فَلَا يَنْعَقِدُ بغيرهما.

ولنا: ما ورد أنه صلى الله عليه وسلم قال في إنكاح امرأة: «مَلِكْتُهَا¹ بما معك من القرآن»²، والبُضْعُ مَمْلُوكَةٌ لِلزَّوْجِ فِي حَقِّ الْإِسْتِمَاعِ، وَلِهَذَا لَهُ الْمَنْعُ عَنْ بَرُوزِهَا، فَيَثْبُتُ الْحُلُّ فِي غَيْرِهَا تَبَعًا لَهَا.

فإن قلت: البُضْعُ لَيْسَتْ بِمَالٍ، فَلَا يَقْبَلُ الْمَلِكُ.

قلنا: غيرُ المالِ قد يكون مملوكًا كالقصاص، حتى يجري³ فيه الإرث والاعتياضُ.

وفي «جوامع الفقه»: كلُّ لفظٍ موضوع لتتمليك العين في الحال ينعقد به النكاح إن ذكر المهر، وإلا؛ فبالنية.

ولو قال: أوصيتُ لك بنتي في الحال ينعقد؛ لأنَّه تمليكٌ في الحال، ولو لم يقل: في الحال لا ينعقد، وأمَّا بلفظ القبض؛ فقيل:

ينعقد؛ لأنَّه يفيد التتمليكَ كلفظ الهبة. وقيل: لا ينعقد؛ لأنَّ الاستقراضَ غيرَ جائزٍ في الحيوانات، فلا يصيرُ سببًا لحكم النكاح.

(لا الإجارة والإباحة والإعارة) أي: لا ينعقد النكاح بهذه الألفاظ؛ لأنَّ موجبَه تملكٌ منفعة البضع، وموجبُ هذه الألفاظ

تملكُ المنافع بسائر أجزائها دون البضع، ولم يصحَّ كنايةً عن ملك النكاح. وعن أبي حنيفة: إنَّ النكاحَ ينعقد بلفظ الإجارة؛ لأنَّه لتمليك المنفعة، وهو مختارٌ الكرخي، لكنَّ الصحيح ما ذكر في المتن؛ لأنَّ الإجارة موضوعَةٌ لتمليك المنفعة مؤقتًا، والنكاح لا يجوز بالتوقيت.

(وأجازوا نكاح السرى) وهو أن يكون بلا تشهيرٍ، (وشرطوا الإشهاد) وقال مالكٌ: لا يجوز نكاح السرى، حتى لو تزوج عند

شاهدين، وشرط كتمان العقد؛ لا يجوز، والإشهاد ليس بشرطٍ لجواز النكاح، حتى لو نكح بلا إشهادٍ وشرطًا إعلانيًا؛ صحَّ؛ لِمَا روي

أنَّ النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن نكاح السرى، وقال: «أَعْلِنُوا الزِّفَافَ بِضَرْبِ الدِّفَافِ»⁴، وإنَّ ابن عمر والحسين بن علي رضي الله عنهم تزوجا بغير شهودٍ⁵.

ولنا: قوله صلى الله عليه وسلم: «لا نكاح إلا بشهودٍ»⁶، والمرادُ به نفْيُ الجواز؛ لأنَّه هو الأصلُ، ونفْيُ الكمال مجازٌ عنه، ولا

يُصَارُ إليه عند إمكان الحقيقة، وإنَّ عمر رضي الله عنه لم يُجِزْ نكاحًا شهد عليه رجلٌ وامرأة، وقال: هذا نكاح السرى.

(ولا ينعقد) النكاح (بين المسلمين إلا بحضور شاهدين مسلمين حُرَّين بالغين عاقلين) إنَّما شرط هذه الأوصاف؛ لأنَّ

الشهادة من باب الولاية؛ لكونها نافذةً على الغير، رضي أو لم يرض، والعبد والصبي والمجنون ليسوا من أهل الولاية، وأمَّا الكافر؛ فلا ولاية له على المسلم.

وفي قيد حضورهما دلالةٌ على أنَّ سماعهما معًا ليس بشرطٍ، حتى لو سمع أحدهما التزويج، ولم يسمع الآخر، فأعاد التزويج،

فسمع الآخر دون الأول وهما في المجلس؛ يجوز. كذا ذكر في «المنتقى»، وقال: هذا استحسانٌ، وكذا قاله الإمام السعديُّ حتى جوز شهادة الأصبين في النكاح.

وفي «المحيط»: لو شهد أحدهما أنَّه تزوجها أمس، والآخر أنَّه تزوجها اليوم؛ لا يقبل، ولو شهدا هكذا في البيع يقبل؛ لأنَّ

حضورهما شرطٌ في النكاح دون البيع.

(ونجيزه برجل وامرأتين) يعني: يجوز عقد النكاح عندنا بحضور رجلٍ وامرأتين. وقال الشافعيُّ: لا يجوز بناءً على أصله من أنَّ

شهادة النساء في غير المال غير مقبولة عنده كما سيجيء بيانه في باب الشهادة، فلا ينعقد النكاح بحضورهنَّ.

(ولو غير عدول) يعني: يجوز عقد النكاح عندنا ولو كان شهودُه فسقةً. وقال الشافعيُّ: لا يجوز.

أقول: لو قال: وبغير عدول؛ لكان أولى؛ لأنَّه أحصرُ وأسلمُ من كثرة التقدير⁷، ولأنَّ هذه مسألةٌ أخرى خالفنا فيها الشافعيُّ غير

واقعةً قيدًا لِمَا قبلها، وظاهرُ عبارة المتن أنَّه قيدٌ، وهو يوهم أنَّ رجلًا وامرأتين لو كانوا عدولًا جاز النكاح عند الشافعيِّ، وليس كذلك.

¹ ح: ملكتها.

² صحيح البخاري، الوكالة 9؛ النكاح 15؛ صحيح مسلم، النكاح 76.

³ د: جرى.

⁴ سنن الترمذي، النكاح 6؛ سنن ابن ماجه، النكاح 20؛ السنن الكبرى للبيهقي، 290/7 بمعناه.

⁵ تبين الحقائق للزيلعي، 98/2، وفيه ذكر الحسن مكان الحسين.

⁶ لم نجده كذلك، وقد روي بلفظ: «لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل»، انظر: مصنف عبد الرزاق، 196/6؛ صحيح ابن حبان، 386/9. وقال الزيلعي في

نصب الراية 167/3: غريب بهذا اللفظ.

⁷ ح: التقرير.

وضع المسألة في غير عدول؛ لأنَّ في المستورين ينعقد اتِّفاقاً. من «الحقائق».
(وأعميين، ومحدودين في قذف) يعني: ينعقد النكاح بحضورهم عندنا. وقال الشافعي: لا ينعقد؛ لأنَّ شهادتهم غير مقبولة، فلا ينعقد بحضورهم.

ولنا: إنَّ كلاً منهم أهلٌ للشَّهادة تحمُّلاً، وعدمُ قبولها عند الأداء لا يمنع تحقُّقها؛ إذ الأداء من ثمراتها، وفوت الثمرة لا تدلُّ على فوت الأصل، وانعقاد النكاح موقوفٌ على حضور الشاهدين، لا على أدائهما الشَّهادة.

وفي «الحقائق»: محلُّ الخلاف: المحدودين¹ قبل ظهور التوبة؛ إذ بعده ينعقد اتِّفاقاً.
(ولو وصلها كتابٌ مشهودٌ عليه ومضمونه نكاحها) يعني: إذا كتب في كتابٍ: تزوجت فلانة بنت فلانٍ بكذا من الصِّدق، وأشهد جماعةً على ما فيه، وأرسله بهم إلى امرأةٍ، (ولم يعلموه) أي: والحال أنَّ الشهود لم يعلموا ما في الكتاب من قصَّة² التزوُّج، فإذا سلّموه إلى فلانة، فقرأته، وأعلمتهم ما فيه (فقبلت) عندهم ذلك التزوُّج؛ (يجيزه) أي: قال أبو يوسف: ينعقد النكاح به. وقال: لا ينعقد. قيّد بقوله: «ومضمونه نكاحها»؛ لأنَّ مضمونه لو كان بيعٌ شيءٍ، ولم يعلم الشهود ما فيه، فبلغها الكتاب، فقال: اشتريت؛ ينعقد البيع اتِّفاقاً؛ لأنَّ الإشهاد ليس بشرطٍ في البيع.

وقيّد بقوله: «ولم يعلموه»؛ لأنَّهم لو علموا ما في الكتاب ينعقد اتِّفاقاً.
وقيّدنا بقراءتها عندهم؛ لأنَّها لو لم تقرأ عليهم، وقالت عندهم: زوّجت نفسي من فلانٍ بن فلانٍ؛ لم ينعقد النكاح اتِّفاقاً؛ لأنَّ سماع الشاهدين كلام التزوُّج شرطٌ جواز النكاح.

هذا إذا كان المكتوب فيه: تزوجت فلانة، وأمّا إذا كتب فيه: زوّجني نفسك مني؛ لا يُشترطُ إعلامها الشهود بما في الكتاب اتِّفاقاً؛ لأنَّها تتولّى طرفي عقد النكاح بحكم الوكالة. ولو كتب صكاً على نفسه، وأشهد على ذلك؛ لا يصحُّ ما لم يعلم الشاهد ما في الصكِّ إجماعاً. من «الحقائق».

له: إنَّ شرط العقد منه وُجد بحضرة الشهود بالإشهاد على ما فيه بالإجمال، فلما قرأته وقبلت ما فيه عندهم؛ وُجد الشرط الآخر.

ولهما: إنَّ إشهاداً على ما فيه إذا لم يعلموه إشهاداً على المجهول، فلم يصحَّ، فلم يوجد شرط العقد بحضرة الشهود، ولم ينعقد.

(وإذا تزوّج مسلمٌ ذميّةً بشهادة ذميين جاز. وأبطله) أي: محمّد ذلك التزوُّج.
قيّد بالذميّة؛ لأنَّ المسلم لو تزوّج مسلمةً؛ لا ينعقد بشهادة ذميين اتِّفاقاً.
له: إنَّ هذه شهادة الكافر على المسلم بلزوم المهر معني، فلا يعتدُّ.
ولهما: إنَّ هذه شهادة على الذميّة بثبوت ملك المتعة له عليها؛ إذ الشَّهادة شرطٌ في النكاح لتعظيم البضع، لا للزوم المهر؛ لأنَّ المال يوجد بلا شهودٍ كالبيع.

أقول: لو قال: بشهادة ذميين أبطله؛ لكان أخصّر.

(فصل في المحرمات)

(تحرم الأمُّ والجدّة) أي: نكاحهما (مطلقاً) أي: سواء كانت من قبَل الأب أو الأم. (والبنات) لقوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخْوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ﴾ [النساء، 23/4]، لكن حرمة نكاح الجدّة يثبت بالإجماع أو بدلالة النصِّ؛ لأنَّ لفظ الأمِّ لا يتناولها حقيقةً.
(ونحرُمها من الزنا) يعني: من زنا بامرأةٍ، فأنت بنتٌ؛ فإنَّ نكاح هذه البنت حرامٌ عليه عندنا. وقال الشافعي: حلالٌ؛ لأنَّ نسبها غير ثابتٍ منه، فصارت كالأجنبيّة، ولهذا لا ترثه.

¹ د: المحدودون.

² د: قضية.

³ د: فلم.

ولنا: إنَّ موجبَ حرمة المصاهرة في الحقيقة هو الولد؛ لأنَّه مخلوقٌ من مائهما، فهو جزءٌ للواطئ والموطوءة أيضًا، فيثبت¹ الجزئية بينهما بواسطة الولد حكمًا، فيكون أصلُ الموطوءة وفرعها كأصل الواطئ وفرعه، وكان القياسُ أن تحرم² الموطوءة؛ لأنَّها جزءه بواسطة الولد، لكن أبحاثُ لضرورة التَّنسل، فيكون الولدُ الحاصلُ من الزنا جزءًا للواطئ حقيقةً، وإن لم يُصَفَّ إليه شرعًا نظرًا إلى حرمة، فالحرمة متى دارت بين الثبوت والعدم؛ ثبتت³ احتياطًا، وإنَّما ثبت الحرمة بالوطء لكونه سببًا للولد، ولهذا قالوا: إذا أتى امرأة من دُبرها لا يثبت به الحرمة؛ لانتفاء رجاء الولد.

فإن قلت: البعضية من جانب الرجل لا يُعرف حقيقةً، فربَّما خانث وولدت من ماءٍ آخر.

قلت: إنَّه يعرف بأن زنى بيكرٍ، ثُمَّ أمسكها وحفظها ليلاً ونهارًا حتى ولدت، فَعَلِمَ يَقِينًا أَنَّها ولدت منه حقيقةً أو حكمًا؛ لقيام الوطء مقام حقيقة العلوق.

وإنَّما وضع في جانب الزَّاني؛ إذ لو ولدت من الزنا ابنًا يحرم لها نكاحه⁴ اتِّفَاقًا. من «الحقائق».

(وينتُ الولد وإن سفلت) ثبت حرمتها بالإجماع أو بدلالة النصِّ كما سبق. **(والأخت مطلقًا)** أي: سواء كانت لأبٍ وأمٍّ، أو لأبٍ، أو لأمٍّ. **(والخالَّة والعمَّة مطلقًا)** أي: سواء كانت له أو لأبائه أو أمهاته، وسواء كانت خالَّة وعمَّة لأبٍ وأمٍّ أو لأبٍ أو لأمٍّ، وكذا أمُّ العمَّة حرامٌ؛ لأنَّ أمَّ عمته لأبٍ وأمٍّ أو لأمٍّ هي أمُّ أبيه لا محالة، وأمُّ أبيه حرامٌ عليه، وأمُّ عمته لأبٍ هي أختُ أبيه لأبٍ، فأُمُّها يكون امرأة جدِّه أب الأب، وامرأة الجدِّ حرامٌ عليه. وأما خالَّة الخالَّة، فإن كانت الخالَّة القربى خالَّةً لأبٍ وأمٍّ أو لأمٍّ؛ فخالَّتُها يحرم عليه، وإن كانت القربى خالَّةً لأبٍ؛ فخالَّتُها لا تحرم عليه؛ لأنَّ أمَّ الخالَّة القربى يكون امرأة الجدِّ أب الأم، لا أمَّ أمه، فأختها يكون أخت امرأة أب الأمِّ، وأخت امرأة الجدِّ لا تحرم⁵ عليه. وأما عمَّة العمَّة، فإن كانت العمَّة القربى عمَّةً لأبٍ وأمٍّ؛ فعَمَّةُ العمَّة حرامٌ؛ لأنَّ القربى إذا كانت أختُ أبيه لأبٍ وأمٍّ أو لأمٍّ؛ فإنَّ عمَّتُها تكون أختَ جدِّه أب الأب، وأختُ أب الأب حرامٌ؛ لأنَّها عمَّتُها. وإن كانت القربى عمَّةً لأمه؛ فعَمَّةُ العمَّة لا تحرم؛ لأنَّ أب العمَّة يكون زوجَ أم أبيه، فعَمَّتُها يكون أختَ زوج الجدَّة أم الأب، وأختُ زوج الأمِّ لا تحرم، فأختُ زوج الجدَّة أولى أن لا تحرم. كذا في «المحيط».

(وينتُ الأخ والأخت وإن سفلت) وأمَّا بناتُ العم والخالَّة والخالَّة؛ فحلالٌ؛ لقوله تعالى: ﴿وَأَجَلٌ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ﴾

[النساء، 24/4]، وهنَّ غيرُ مذكورة في المحرمات.

(وأمُّ المرأة بالعقد الصحيح) سواء دخل بها أو لم يدخل.

قَيِّد بالصحيح؛ لأنَّ الفاسد لا عبرة له، إلا إذا دخل بها، فحينئذٍ تحرم أمُّ الموطوءة.

(وينتُ المدخول بها) أي: تحرم بنتُ امرأته التي دخل⁷ بها؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «من تزَّج امرأة حرمت عليه أمُّها،

دخل بها أو لم يدخل، وحرمت عليه بنتُها إن دخل بها»⁸.

(ولا يُشترطُ فيها) أي: في حرمة بنت المدخول بها **(الحجْر)** أي: كونها في حجر الزوج، بأن زُفَّت مع أمِّها إلى بيته، إنَّما

قاله نفيًا لما قيل: كونها في حجر الزوج شرطٌ لحرمتها؛ لأنَّ الله تعالى قَيِّدَ حرمتها به في قوله تعالى: ﴿وَرَبَائِكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ﴾ [النساء، 23/4]، والمقيد بشرطين لا يثبت بأحدهما.

ولنا: إنَّ هذا تقييدٌ عرفيٌّ لا تقييدٌ للحكم، بدليل قوله تعالى: ﴿فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾ [النساء، 23/4]،

علَّقَ الإباحة بعدم الدخول فقط، ولو كانت الحرمة مقيدةً بهما؛ لتعلقت الإباحة بعدمهما.

(وحليلة أبيه وأجداده) أي: زوجته، **(وبنيه وبني أولاده)** يعني: يحرم عليه حالاتُ أولاده وإن سفلوا، دخلوا بهنَّ أو لم يدخلوا؛

لإطلاق قوله تعالى: ﴿وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ﴾ [النساء، 23/4].

¹ د: فثبت.

² ح: يحرم.

³ ح: ثبت.

⁴ ح: نكاحها.

⁵ د: يحرم.

⁶ د-أم.

⁷ د: دخلت.

⁸ لم نجد إلا في المبسوط للسرخسي، 199/4. وبلغظ: «من نظر إلى فوج امرأة لم تحل له أمها ولا ابنتها» انظر: مصنف ابن أبي شيبة، 99/9.

فقيد الأَصْلَاب؛ لإخراج الابن المتبني، فإنَّ حليلته جائزة، لا لإخراج الابن رضاعاً؛ لأنَّ حليلته حرامٌ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «يُحْرَمُ مِنَ الرِّضَاعِ مَا يُحْرَمُ مِنَ النَّسَبِ»¹.

اعلم أنَّ هذه المحالَّ يُحْرَمُ نكاحُها ودواعيه على التَّأييد، وفي إسناد الحرمة إلى ذواتهنَّ دلالةٌ عليه.

(وُثِّبَتْ حَرَمَةُ المَصَاهِرَةِ بِالزَّوْنِ) وقال الشافعيُّ: لا يثبتُ به.

وضع في الزنا، وهو في الشرع: وطءُ الرجلِ المرأةَ في القبل في غير الملك وشبهته؛ ليُتَضَحَّ محلُّ الزَّنا، فإنَّه لو جامعَ رجلٌ رجلاً لا يُحْرَمُ على الفاعل أمَّ المفعول به وبنَّته، وكذا لو لاطَ بامرأةٍ لا يُحْرَمُ عليه أمُّها وبنُّها اتِّفاقاً. والخلافُ في جانب الزَّاني؛ إذ لو ولدت من الزنا ابناً؛ يُحْرَمُ لها نكاحُها اتِّفاقاً، والفرقُ: أنَّه ينفصل عن الأمِّ وهو إنسانٌ، وبعضُ منها، وينفصل عن الفحل وهو نطفةٌ.

ولو وطئها بملكٍ يمينٍ أو نكاحٍ صحيحٍ أو فاسدٍ أو وطئَ جاريةً مشتركةً أو جاريته بعدما زوّجها من غيره أو وطئَ الأبَّ جاريةً ابنةً؛ فإنَّه يثبتُ به المصاهرةُ اتِّفاقاً. من «الحقائق».

له: إنَّ المصاهرةَ نعمةٌ؛ إذ بها تلحق الأجنبياتُ بالأمهات، حتى تجوز الخلوةُ بهنَّ والمسافرةُ معهنَّ، والمعصيةُ لا يصيرُ سبباً للنعمة كيلاً تفضي² إلى تكثيرتها.

ولنا: ما سبق من الدليل قريئاً.

وفي «المحيط»: لو كان لرجلٍ جاريةً، فقال: وطئْتُها؛ لا تحلُّ لابنه، وإن كانت في غير ملكه تحلُّ لابنه إن كذَّبه الابنُ؛ لأنَّ الظاهرَ يشهدُ له.

(وبالمسِّ والنظرِ إلى الفرجِ) أراد به: الداخل، وهو ما يُرى منها عند استلقائها **(بشهوةٍ)** وحُدُّها إن كان شاباً: أن ينتشر آلته به أو تزداد انتشاراً إن كانت منتشرةً قبله، وإن كان شيخاً أو عيناياً؛ فحُدُّها أن يتحرَّك قلبه، أو يزداد تحرُّكه، ولا يعرف ذلك إلا بقوله.

وفي «التبيين»: وجودُ الشهوة من أحدهما يكفي.

ولو رأى فرجها من وراء الزجاج؛ ثبت الحرمة، ولو رآه في المرأة؛ لا يثبتُ. ولو مسَّها بحائِلين إن وصل حرارةُ البدن إلى يده؛ يثبت الحرمة، وإلا فلا.

وعلى هذا الخلاف إذا مسَّته امرأةٌ بشهوةٍ، سواءً كان المسُّ عمداً أو خطأً، إكراهاً أو نسياناً، أو نظرث إلى ذكره، قال قاضي خان: هذا إذا صدَّق الرجلُ المرأةَ أنَّها مسَّته بشهوةٍ، ولو كدَّ بها ينبغي أن لا تحرِّم³ عليه أمُّها وبنُّها.

قيَّد بالفرج؛ لأنَّ النظرَ إلى سائر الأعضاء لا يثبتُ به حرمةُ المصاهرة اتِّفاقاً.

أراد منه: القبل؛ لأنَّ النظرَ إلى الدُّبر لا يثبتُ الحرمة. من «الحقائق»⁴.

له: إنَّ النظرَ والمسِّ ليسا في معنى الدخول، ولهذا لا يجب بهما الاغتسالُ والحدُّ، فلا تثبتُ⁵ بهما الحرمةُ.

ولنا: إنَّهما داعيان إلى الوطء، فيقامان مقامه احتياطاً، ولهذا قالوا: إذا اتَّصل بالمسِّ إنزالٌ؛ لا يوجب الحرمة؛ لأنَّه تبيَّن أنه غير

داعٍ.

اعلم أنَّ الخلافَ في المسِّ لا يحملُ على مسِّ الأجنبية؛ لأنَّه تبيَّن مما سبق أنَّ الدخولَ بها لا يوجبُ الحرمةَ عند الشافعيِّ، فكيف مسَّها؟ بل ينبغي أن يحملَ على مسِّ الأمة أو المنكوحه بشهوةٍ إذ لو لم يدخلْ بها، فماتت؛ لا تحرمُ بنُّها عنده، وتحرِّمُ عندنا.

(ويثبتها) أي: أبو يوسف المصاهرةَ **(بوطءٍ صغيرةٍ لا تُشْتَهَى)** وقال: لا يثبتُ.

قيَّد بقوله: «لا تُشْتَهَى»؛ إذ لو كانت الصغيرةُ مشتهاةً؛ يثبت بوطئها المصاهرةُ اتِّفاقاً.

وفي «التبيين»: بنتُ تسعٍ مشتهاةٌ من غير تفصيلٍ، وبنْتُ خمسٍ غيرُ مشتهاةٍ من غير تفصيلٍ، وما بينهما: إن كانت ضخمةً كانت مشتهاةً، وإلا فلا.

¹ صحيح البخاري، الشهادات 7؛ صحيح مسلم، الرضاع 9.

² ح: يفضي.

³ ح: يحرم.

⁴ د - أراد منه القبل؛ لأن النظر إلى الدبر لا يثبت الحرمة. من الحقائق.

⁵ ح: يثبت.

له: إِنَّهُ وَطءٌ فِي الثُّبُلِ، فَيُوجِبُ الْحَرَمَةَ كَوَطءِ عَجُوزٍ لَا تَشْتَهَى¹.
ولهما: إِنَّ وَطئَهَا لَا يَصْلُحُ سَبَبًا لِلوُلْدِ، فَأَشْبَهَ اللّوَاطَةَ، بِخِلَافِ العَجُوزِ؛ لِأَنَّهَا تَحْتَمِلُ العُلُوقَ كَمَا فِي قِصَّةِ إِبْرَاهِيمَ وَرَكَرِيَا عَلَيْهِمَا
السَّلَامِ.

(ويحرم من الرضاع ما يحرم من النسب) من الأصول والفروع والخالات والعمات وغيرها من المعدودات؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»². (إلا أم الأخ) يعني: يجوز تزوج أم أخيه من الرضاع، ولم يكن ذلك جائزاً من النسب؛ لأن أم أخيه من النسب يكون أمه أو موطوءة أبيه، وكذا إذا كان لأخيه من النسب أم من الرضاع يجوز تزوجها إذا لم تكن موطوءة أبيه. (وأخت الأبن) يعني: إذا كان لرجل ابن من الرضاع، وله أخت من النسب؛ يجوز تزوجها، ولم يكن ذلك جائزاً من النسب، وكذا إذا كان لابنه من النسب أخت من الرضاع يجوز تزوجها.

اعلم أنه استثنى هاتين الصورتين، والحل غير مقتصر عليهما، بل يثبت في صور آخر:
منها: إنه إذا كان لرجل ابن من النسب، وله جدّة من الرضاعة، أو بالعكس؛ يجوز تزوجها.
ومنها: إنه إذا كان له عم من النسب، وله أم من الرضاعة، أو بالعكس؛ يجوز تزوجها.
ومنها: إنه إذا كان له خال من النسب، وله أم من الرضاعة، أو بالعكس؛ جاز له تزوجها، ولم يكن ذلك جائزاً في القرابة النسبية. (والجمع) أي: يحرم الجمع (بين الأختين نكاحاً) لقوله تعالى: ﴿وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ﴾ [النساء، 23/4]، وهو معطوف على ما قبله من النساء اللاتي يحرم نكاحهن. (وبملك يمين وطناً) يعني: يحرم للمولى أن يجمع بين المملوكتين الأختين وطناً؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر؛ فلا يجمع ماءه في رحم أختين»⁴.

قيد بقوله: «وطناً»؛ لأن الجمع بينهما في الملك بدون الوطء جائز. ولو تزوج أخت أمته الموطوءة جاز نكاحها، وليس له وطء كلٍ منهما؛ لأن للعقد حكم الوطء، حتى لو تزوج مشرقياً مغربياً، فولدت أولاداً؛ ثبت نسبهم؛ منه ثبوت الوطء حكماً.

فإن قيل: إذا كان للعقد حكم الوطء؛ ينبغي أن لا يصح نكاح أخت أمته الموطوءة.
قلنا: نفس العقد ليس بوطء حقيقة، فيصح، وإنما جعل وطناً عند ثبوت حكمه، وهو حل الوطء.
(ولو ادعتا) أي: الأختان (نكاحه، وبرهننت كل على سبقتها) أي: أقامت كل واحدة منهما بينة على سبق نكاحها، وهذا القيد اتفريقي؛ لأن كلًا منهما لو لم يبرهن؛ فالحكم كذا. (وهو جاهل به) أي: والحال أن الزوج لا يدري نكاح إحداهما على التعيين، (ففرق بينه وبينهما) لأن نكاح إحداهما باطل بيقين، ورجحان إحداهما منتف. قيد بقوله: «وهو جاهل»؛ لأن الزوج لو عين إحداهما بالفعل بأن دخل بها، أو بين أنها سابقة؛ فضي بنكاحها لتصادقهما، وفرق بينه وبين الأخرى. ولو دخل بإحداهما، وبين بعد ذلك أن الأخرى سابقة؛ يعتبر الثاني؛ لأن الأول بيان دلالة، والثاني صريحاً، والدلالة لا يقاوم الصريح⁵.

(وقسم نصف المهر عليهما) اتفاقاً، هذه رواية «المبسوط»؛ لأن كل واحدٍ منهما إن كانت سابقة؛ فلها نصف المهر، وإن كانت لاحقة؛ فلا شيء لها، فينصف النصف بينهما.
قيد بقوله: «على سبقتها»؛ لأنهما لو لم تدعيا سبق، وقالتا: لا ندري أي النكاحين أول؛ لا يقضى لهما بشيء ما لم يطلحا على أخذ نصف المهر.

وفي «التبيين»: هذا إذا كان مهرهما متساوين، وإن كان مختلفين؛ يقضى لهما أقل نصفي المهرين؛ لأنه ثابت يقيناً، وإن لم يكن المهر مسمى في العقد؛ يجب متعة واحدة لهما بدل نصف المهر، وإن كانت الفرقة بعد الدخول؛ فلكل واحدٍ منهما كاملاً.

¹ د: يشتهى.

² صحيح البخاري، الشهادات 7؛ صحيح مسلم، الرضاع 9.

³ د: يكن.

⁴ لم نجده إلا في بدائع الصنائع، 264/2؛ وقد أخرج مقارب اللفظ في التجريد للقديري، 4433/9؛ والمبسوط للسرخسي، 201/4. قال الزيلعي في نصب الراية، 168/3: حديث غريب. وفي معناه حديث أيضاً، انظر: صحيح البخاري، النكاح 21؛ صحيح مسلم، الرضاع 16.

⁵ د - ولو دخل بإحداهما وبين.

(ولا يوجب شيئاً) أي: قال: أبو يوسف في «الأُمالي»¹ في روايةٍ عنه: لا يجب عليه شيءٌ لهما؛ لجهالة المقضي لهما². (وأوجهه) أي: محمدٌ المهر في روايةٍ (كاملاً بينهما) لأنَّ الزوج مقرٌ بصحة نكاح إحداهما، ولم يطلِّقها، فعليه تمامُ المهر بينهما. كذا في «النهاية».

لكن فيه إشكالٌ؛ لأنَّ المهر لا ينصَّف قبل الطلاق اتِّفاقاً، ولا معنى للخلاف فيه، بل الخلافُ فيما إذا فُرِّق القاضي بينهما، فلا³ معنى لقوله: «ولم يطلقها».

(أو هو نكاح امرأة) أي: لو ادَّعى رجلٌ على امرأةٍ أنَّها منكوحته، (فادَّعت نكاح أختها الغائبة) أي: ادَّعت تلك المرأةُ أنَّه كان تزوّج أختها قبلها، فأنكر الرجلُ، (وبرهننا) أي: أقام كلٌّ منهما البيّنة على ما ادَّعاه، (فهذه زوجته) يعني: يقضى بنكاح الحاضرة عند أبي حنيفة. (وأوقفا الأمر) أي: جعل صاحبه أمر النكاح موقوفاً (إلى حضورها) أي: حضور الغائبة.

اعلم أنَّ قيد الأخت اتِّفاقيٌّ؛ إذ لو ادَّعت أنَّه نكح أمّها أو بنتها قبلها؛ فالخلافُ كما سبق، إلاَّ أنَّها إذا قامت بيّنة على دخوله بأختها أو بنتها؛ فُرِّق بينه وبين الحاضرة اتِّفاقاً.

لهما: إنَّ الغائبة يحتملُ أن تقيم البيّنة على سبق نكاحها، فتحرمُ الحاضرة، فتمسُّ الحاجةُ إلى التفرُّق بينهما، فيجب التوقُّفُ صيانةً للقضاء عن النقض.

وله: إنَّ نكاح الحاضرة محقّقٌ بالبيّنة، ونكاح الغائبة غيرُ محقّقٍ؛ إذ لم يوجد منها ولا ممن يقوم مقامها دعوى، واحتمالُ إثبات الغائبة سبق نكاحها أمرٌ موهومٌ لا يجوز تركُ المحقّق به.

(ويحرمُ الجمعُ بين المرأة وعمتها، أو خالتها، أو بنت أختها، أو أخيها) لقوله عليه السلام: «لا تنكح المرأةُ على عمتها، ولا على خالتها، ولا على بنت أختها، ولا على بنت أخيها»⁴، وهذا حديثٌ مشهورٌ يزدُّ به على الكتاب، ولئن كان من الأحاد؛ جاز به تخصيصُ النصِّ، وهو قوله تعالى: ﴿وَأَحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ﴾ [النساء، 24/4]؛ لأنَّ المجوسيةَ والوثنيةَ حُصِّتْ منه.

وكذا يحرمُ الجمعُ بين العمتين والخالتين، صورته: أن يتزوّج كلٌّ من الرجلين أمَّ الآخر، فيلدُ لكلٍّ منهما بنتٌ يكون كلٌّ واحداً من البنيتين عمّةً الأخرى، ولو تزوّج كلٌّ منهما بنتَ الآخر، فتلدُ لكلٍّ منهما بنتٌ؛ يكون كلٌّ⁶ واحداً من البنيتين خالةً الأخرى.

(وأجزناه) أي: الجمعُ (بينها وبين امرأة أبيها) وقال زفر: لا يجوز؛ لأنَّ بنت زوجها لو فُذِّرت رجلاً؛ لم يجز لها نكاح المرأة؛ لأنَّها زوجةٌ أبيه.

ولنا: ما روي أنَّ ابنَ عباسٍ جمع بين امرأةٍ رجلٍ وبنته من غيرها، ولأنَّ⁷ حرمةَ الجمع كانت لصيانة القرابة عن القطيعة، وههنا لا قرابة؛ إذ لو كانت لثبت الحرمةُ من الجانبين، فلم تثبت⁸؛ لأنَّ امرأة الأب لو فرضت ذكراً جاز له نكاح تلك البنت.

(ويحرمُ على الحرِّ أكثرُ من أربع) نسوةً؛ لقوله تعالى: ﴿فَأَنكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ﴾ [النساء، 3/4]، فالاعتصامُ على الأربع في موضع الحاجة إلى البيان ينفي الزيادة.

استدلَّ بعضُ الروافض بهذه الآية على جواز نكاح تسع؛ لأنَّ الواو للجمع.

1 د - في الأُمالي.

2 د: لهما.

3 د: ولا.

4 د: أخيها ولا على بنت أختها.

5 سنن أبي داود، النكاح 13؛ سنن الترمذي، النكاح 30. وبدون لفظ: «ولا على بنت أختها ولا على بنت أخيها»، انظر: صحيح البخاري، النكاح 28؛ صحيح

مسلم، النكاح 37.

6 د - كل.

7 ح: لأن.

8 ح: يثبت.

ولنا: إنَّه بمعنى «أو» بدليل ما روي أنَّ غيلانَ أسلم وتحتة عشرُ نسوةً، فأمره النبيُّ صلى الله عليه وسلم أن يمسك¹ أربعًا منهنَّ، ويفارق² البواقي³.

(وحَرِّمُوا عَلَى الْعَبْدِ أَكْثَرَ مِنْ ثَنَيْنِ) وقال مالكٌ: يجوز له: أن يتزوَّجَ أربعًا؛ لعموم الآية المذكورة.
ولنا: ما روي أنَّه صلى الله عليه وسلم قال: «لا يَنْكُحُ الْعَبْدُ أَكْثَرَ مِنْ ثَنَيْنِ»⁴، وأجمع الصحابةُ عليه⁵.
(ونَحَرِّمُ أَحْتُ الْمَعْتَدَّةَ مِنْ بَاتِنٍ فِي عَدَّتْهَا كَالرَّجْعِيِّ) أي: كما أن تزوَّجَ أختَ المعتدَّةَ من طلاقٍ رجعيٍّ في عدتها كان حرامًا بالاتفاق. وقال الشافعيُّ: يجوز لمن أبان امرأته أن يتزوَّجَ أختها في عدتها؛ لارتفاع النكاح.
ولنا: إنَّ نكاحَ المبانةِ باقي من وجهٍ لبقاء أحكامه، كالنفقة والفراس في حقِّ ثبوت النسب، ولثبوت⁶ العلاقة لم يجزِ نكاحُ أختها تحرُّرًا عن الجمع.

(وعَدَّةُ أُمِّ الْوَالِدِ إِذَا أَعْتَقْتَ مَانِعَةً مِنْ نِكَاحِ أُخْتِهَا) يعني: إذا أعتقَ رجلٌ أمَّ ولده وجبت عليها العدةُ بثلاثِ حيضٍ، فإن أراد أن يتزوَّجَ أختها في عدتها؛ لا يجوز عند أبي حنيفة. (وقالوا: عن وطئها) يعني: يجوز نكاحها، ولا يجوز قربانها حتى تمضي عدَّةُ المعتقة؛ لأنَّ العدةَ أثرُ الفرار، وفرأش أمُّ الولدِ حالَ قيامه لم يمنع نكاحُ أختها، فبعد زواله لا يمنع أثره بالطريق الأولى.
وله: إنَّ فرأش أمُّ الولدِ ضعيفٌ قبل العتق؛ لأنَّ مولاها مالكٌ تزويجها، فجاز تزوُّجُ أختها، وبعد العتق قويٌّ حتى لا يملك تزويجها حتى تنقضي عدتها، فصار كفرأش المعتدَّة عن نكاح.

(وأجزنا الأربعَ فيها) يعني: جاز لمن أعتقَ أمَّ ولده أن يتزوَّجَ أربعًا في عدتها عندنا. وقال زفر: لا يجوز، كما لم يجزِ نكاحُ أختها؛ لكونها كالمعتدَّة من النكاح.

ولنا: إنَّ تزوُّجَ الأربعِ كان جائزًا للمولى قبل عتقها مع قيام حلِّ وطئها، فجوازُه بعد عتقها مع انعدام الحلِّ يكون أولى.
(وصدَّقنا المخبرَ عن معتدَّته بانقضائها مع إنكارها لتزويجها بأختها) يعني: إذا أخبرَ رجلٌ عن زوجته المطلقة المعتدَّة أنَّها قالت: انقضت عدتي، فأكثرَ إخبارها به؛ يصدَّقُ المخبرُ عندنا إذا كان إخبارها في مدَّة تنقضي في مثلها العدة. قال زفر لا يصدَّقُ.
وضع في الإسناد إليها؛ لأنَّه لو قال: انقضت عدتك؛ ففي «المبسوط»: ذكر خواهر زاده: لا رواية فيه، وذكر الحاكمُ الشهيد: أنَّها على الخلاف أيضًا⁷.

وقدَّ إنكارها؛ لأنَّها لو صدَّقته، أو كانت ساكنةً، أو غائبةً؛ فله أن يتزوَّجَ أختها اتِّفاقًا. من «الحقائق».
اعلم أنَّ الغرض من التصديق: أن يحكم القاضي بحلِّ تزوُّجِ أختها، ومن عدمه عدمُ حكمه، وأمَّا الحلُّ في نفس الأمر؛ فثابت إن غلب على ظنِّه صدقها اتِّفاقًا.

قيدٌ بقوله: «لتزوجه»؛ لأنَّ الزوجَ المخبرَ لا يصدَّقُ فيما يرجع إلى حقِّها من النفقة والسكنى اتِّفاقًا. وأمَّا في حقِّ الميراث؛ فباطلٌ لو كان صحيحًا وقت الإخبار؛ لأنَّه ما دام صحيحًا يقدَّرُ على إبطالِ حقِّها في الميراث بأن يقول: جعلتُ تلكَ الطلقةَ بائةً، ولو كان مريضًا وقت الإخبار؛ لا يبطلُ حقُّها في الميراث كما في النفقة. من «الحقائق».

له: إنَّها أمانةٌ في الإخبار عَمَّا في رحمها، ويقبلُ قولُها على زوجها، فلا يحلُّ له تزوُّجُ أختها.
ولنا: إنَّ إنكارَ المعتدَّةِ إنَّما يُعتبرُ فيما يتعلَّقُ بحقوقها كالنفقة والسكنى، وأمَّا فيما يتعلَّقُ بحقوقه كجوازِ التزوُّجِ بالأربعِ وأختِ معتدَّته؛ فلا يُعتبرُ، فيصدَّقُ الزوجُ في إخباره؛ لسلامته عن المعارضِ فيما يتعلَّقُ بنفسه.
والحاصل: إنَّ خبرَ كلٍِّ منهما يُقبلُ في حقِّه دون حقِّ الآخر.

(وتجوزُ الكتابياتُ) أي: نكاحُ كافراتٍ يعتقن كتابًا، كالنصرانية ونحوها؛ لعموم قوله تعالى: ﴿فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ﴾ [النساء، 3/4] بعدما خصَّ منها المجوسية ونحوها.

¹ د: تمسك.

² د: تفارق.

³ سنن الترمذي، النكاح 32؛ سنن ابن ماجه، النكاح 40؛ مسند الشافعي، 274/1، 292.

⁴ لم نجده مرفوعًا، وقد روي عن علي وابن عمر قولهما، انظر: مصنف ابن أبي شيبة، 63/9، 64.

⁵ مصنف ابن أبي شيبة، 65/9.

⁶ د: فلثبوت.

⁷ د - وضع في الإسناد إليها.

(ونجيز الأمة الدميّة، ومع طول الحرية) يعني: يجوز نكاح الأمة الدميّة عندنا لمن يستطيع أن ينكح الحرّة. وقال الشافعي: لا يجوز؛ لقوله تعالى: ﴿وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلًا أَنْ يَنْكَحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِنْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ مِنْ فَتَيَاتِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ﴾ [النساء، 25/4]، علّق نكاح الأمة بوصفين: بكونها مؤمنة، وبعدم قدرة المتزوج على الحرّة، فينتفي الحكم بانتفاء أحدهما؛ لأنّ ذكر الوصف كذكر الشرط.

ولنا: عموم قوله تعالى: ﴿فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾ [النساء، 3/4]، وذكر الوصف قد يكون للترغيب، فلا يُستدلّ بعده على عدم الحكم، كوصف المحصنات، فسره المفسرون بالعفاف، وهذا ليس بشرط حتى جاز نكاح غير العفاف من المسلمات اتّفاقاً، على أنّ نكاح الأمة لو لم يكن جائزاً مع طول الحرّة؛ لم يكن لنهيه صلى الله عليه وسلم عن تزوّج الأمة على الحرّة¹ فائدة.

(والأربع منهنّ) أي: يجوز عندنا تزوّج أربع من الإماء. وقال الشافعي: لا يجوز؛ لأنّ نكاحها ضروريٌّ؛ لِمَا فِيهِ مِنْ إِرْقَاقِ الْوَلَدِ، وَالضَّرُورَةُ تَنْدَفِعُ² بِالْأُمَّةِ الْوَاحِدَةِ، فَلَا يَجُوزُ أَكْثَرُ مِنْهَا.

وفي «المصنفى»: هذا في الحرّ، وأما العبد؛ فينكح أمتين، ولا يُعتبر في حقه العجز عن الحرّة، بل له أن ينكح حرّة وأمة، وأن ينكح الأمة على الحرّة عنده، وعندنا لا يجوز.

ولنا: عموم قوله تعالى: ﴿فَأَنْكِحُوا﴾ [النساء، 3/4] الآية، ولا إرقاق فيه؛ لأنّ الإرقاق يستدعي تقدّم الحرية، والنطفة لا توصف³ بها ولا بالرق، على أنّه يمكن أن لا يحصل الولد أصلاً بأن يتزوّج أمة عاقراً.

(وجارية ابنه) أي: يجوز للأب عندنا أن يتزوّج جارية ابنه. وقال الشافعي: لا يجوز.

وفي «الحقائق»: الخلاف في الأب الحرّ؛ لأنّه لو كان عبداً، وتزوّج جارية ابنه؛ يجوز اتّفاقاً. وقيد بجارية ابنه؛ لأنّ الابن لو تزوّج بجارية أبيه أو أخيه يجوز اتّفاقاً.

له: إنّ نكاح الرجل مملوكته غير جائز، وجارية ابنه مملوكته من وجه؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «أنت ومالك لأبيك»⁴، ولهذا لو وطفها مع العلم بالحرمة؛ يسقط الحدّ عنه.

ولنا⁵: إنّ الأب لو كان مالكاً جارية ابنه من وجه؛ لمّا جاز للابن وطفها، وهو جائز إجمالاً، وما رواه محمول على الاستخدام والتملك عند الحاجة، وسقوط الحدّ لظاهر الإضافة في الحديث المورثة للشبهة.

(وتحرّم الأمة على الحرّة، لا بالعكس) أي: لا يحرم تزوّج الحرّة على الأمة؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «لا تنكح الأمة على الحرّة، وتنكح الحرّة على الأمة»⁶.

(وهي في عدّة الحرّة من بائنٍ حرام) يعني: من أبان زوجته الحرّة؛ لا يحلّ له أن يتزوّج في عدتها أمة عند أبي حنيفة. وقال: يجوز.

قيد بعدّة الحرّة؛ لأنّ عدّة الأمة لا يمنع تزوّج الحرّة اتّفاقاً. وقيد بالبائن؛ لأنّ العدّة من طلاق رجعي تمنع⁷ نكاح الأمة اتّفاقاً.

لهما: إنّ التزوّج في عدتها ليس تزوّجاً عليها، ولهذا لو حلف أن لا يتزوج عليها، فتزوّج في عدتها؛ لا يحنث.

وله: إنّ النكاح باقٍ في العدة من وجه؛ لبقاء بعض أحكامه من النفقة وغيرها، فيحرم نكاح الأمة فيها احتياطاً، كما لم يجز نكاح أختها في عدتها، وأما في اليمين؛ فغرض الحالف أن لا يشرك غيرها في قسمها، فبالتزوّج في عدتها لا يحصل الاشتراك، فلا يحنث.

(ولا يتزوّج) المولى (أتمته) لأنّ ملك المتعة ثابت له، ولو ثبت ثانياً بالنكاح لأدى إثبات الثابت. (ولا المرأة عبدها) لأنّها مالكتها، ولو كانت منكوحته؛ لصارت مملوكته، وبينهما تناف. ولو نكح بنت مولاة يجوز؛ لأنّه لا ملك لها في مال أبيها.

¹ مصنف ابن أبي شيبة، 69/9.

² ح: يندفع.

³ ح: يوصف.

⁴ سنن ابن ماجه، التجارات 64؛ مسند أحمد بن حنبل، 204/2.

⁵ د: لنا.

⁶ لم نجد مرفوعاً إلا في الأصل للشيباني، 263/10. وقد روي عن جابر في مصنف عبد الرزاق، 265/7؛ وعن علي في مصنف ابن أبي شيبة، 70/9 قولهما.

⁷ ح: يمنع.

(وتحرّم المحوسية والوثنية) أي: نكاحهن؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَ﴾ [البقرة، 221/2]، ومن يعتقد أنّ الوثنّ أو النار إله يكون مشركاً، والمشرك يغيّر الكتابي؛ لأنّ الله تعالى عطف المشركين على أهل الكتاب في قوله: ﴿لَمْ يَكُنِ الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ وَالْمُشْرِكِينَ﴾ [البينة، 1/98]، والعطف يقتضي المغايرة.

(والصائبات إن لم يكن أهل الكتاب) قيد به؛ لأنّهم إن كانوا. كما زعم أبو حنيفة في حقهّم أنّهم قومٌ من النصارى يقرؤون الزبور، ويعظمون الكواكب كتعظيمنا القبلة. يحلّ التزوُّج منهم اتِّفاقاً، وإن كانوا. كما زعم صاحباها في حقهّم أنّهم خرجوا من النصرانية، وعبدوا الكواكب والملائكة. يحرم التزوُّج منهم اتِّفاقاً.

(ويحرّم) أبو يوسف (الحامل من الزنا) أي: نكاحها. (وهما وطنها) يعني: جوّز صاحباها نكاحها، ومنعا وطنها (حتى تضع). قيد بالحامل؛ لأنّ نكاح الزانية جائزة إذا لم تكن حبلى اتِّفاقاً.

وقيد بالزنا؛ لأنّ الحبلى من النكاح يحرم تزوّجها اتِّفاقاً.

وفي «التبيين»: الخلاف فيما إذا تزوّجها غير الزاني، وإن تزوّجها الزاني؛ يجوز اتِّفاقاً.

وفي «النهاية»: قيل: كذا الخلاف في تزوّج الزاني إذا لم يقرب بأنّ الحبل منه، فإن أقر؛ صحّ النكاح اتِّفاقاً، فتستحقّ النفقة؛ لأنّه غير ممنوع عن وطنها.

له: إنّ هذا الحمل محترّم؛ إذ لا ذنب له، فصار كتابت النسب.

ولهما: قوله تعالى: ﴿وَأَحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ﴾ [النساء، 24/4]، وإنّما حرم وطنها؛ لأنّ سقي زرع الغير حرام، كما قال صلى الله عليه وسلم: «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر؛ فلا يسقي ماءه زرع غيره»¹.

فإن قيل: فمّ الرحم ينسدّ بالحبل، فكيف يوجد سقي الزرع؟

قلنا: قد جاء في الخبر: أنّ سمع الحمل وبصره يزداد حدّة بالوطء.

وفي «الواقعات»: رجل تزوّج امرأة، فجاءت بسقط استبان خلقه؛ إن جاءت لأقلّ من أربعة أشهر؛ لم يجز النكاح؛ لأنّ خلق الولد إنّما يستبين في أربعة أشهر، فتعيّن أنّ الولد من الأوّل.

(وتبطل المتعة) أي: نكاح المتعة، وهو أن يقول الرجل لامرأة: خذي هذه العشرة أتمتع بك، ويبيّن مدّة معلومة، فتقبله، ولا بُدّ فيه من لفظ التمتع، وهو كان جائزاً في الابتداء، فنسخه النبيّ صلى الله عليه وسلم بقوله: «كنت أذنت لكم في الاستمتاع من النساء، وقد حرّم الله ذلك إلى يوم القيامة»² رواه مسلم.

(وأبطلنا المؤقت) يعني: النكاح إلى مدّة معلومة باطل عندنا. (لا التوقيت) وقال زفر: توقيته باطل، وعقده جائز؛ لأنّ معنى النكاح إسقاط حرمة البضع، لكن جعول ملكاً لضرورة شرعيّة الطلاق، وما كان من الإسقاط لا يبطل بالشروط الفاسدة، فصار كما إذا تزوّجها بشرط أن يبطلها بعد شهر.

ولنا: إنّ النكاح المؤقت نكاح متعة معني؛ لأنّ النكاح عقد عمر، وتوقيته يكون تصريحاً بأنّ الغرض منه المتعة، فيبطل النكاح؛ إذ العبرة للمعنى، كما إذا قال: جعلتُك وكبيراً بعد موتي؛ يكون وصياً. وعن أبي حنيفة: إنّهُ إذا ذكر مدّة لا يعيش مثلهما إليه صحّ النكاح؛ لأنّه في معنى المؤبد، لكن الظاهر: أن لا فرق بين طول المدّة وقصرها لِمَا ذكرناها، بخلاف ما إذا شرط أن يبطلها بعد شهر؛ لأنّ اشتراط القاطع يدلّ على انعقاده مؤبداً.

(ونجيز الشغار) وهو أن يقول الرجل: أزوّجك أختي على أنّ تزوّجني أختك على أنّ يكون بضع كلّ واحدٍ منهما صداقاً للأخرى، وعندنا هذان العقدان جائزان، (ويجب مهر المثل) على كلٍّ منهما. وقال الشافعي: العقدان باطلان.

يُدنا بقولنا: «على أنّ يكون»؛ لأنّه لو لم يقل: على أنّ يكون بضع كلّ واحدٍ منهما صداقاً للأخرى؛ لا يكون شغاراً اتِّفاقاً، ولو قال أحدهما: على أنّ يكون بضع أختي صداقاً لأختك، وزوّج الخاطب أخته، ولم يجعل بضعها صداقاً؛ فنكاح من جعل على الخلاف، ونكاح من لم يجعل جائز اتِّفاقاً. كذا في «المصنّى».

له: نهيه صلى الله عليه وسلم عن الشغار³.

¹ مصنف ابن أبي شيبة، 421/9؛ صحيح ابن حبان، 186/11.

² صحيح مسلم، النكاح، 21؛ مسند أحمد بن حنبل، 405/3.

³ صحيح البخاري، النكاح، 29؛ صحيح مسلم، النكاح، 57.

ولنا: إنَّ النكاحَ مما لا يبطل بالشروط الفاسدة، وههنا شرط فيه ما لا يصلح¹ مهراً، فيبطل شرطه، ويصحُّ عقده، كما لو سمي خمراً.

والشعار: هو الخلو، سمي شعاراً؛ لخلوه عن المهر.

(وَبُطِلَ شَرْطُ الْخِيَارِ) يعني: من تزوج بشرط الخيار ينعقد نكاحه ويبطل شرطه عندنا. (لا العقد) أي: قال الشافعي: يبطل عقده؛ لأنَّ اشتراط الخيار فيه معنى توقيته على تقدير الفسخ، ومعنى إضافته إلى المستقبل على تقدير الإضاء، وكلاهما باطلان. ولنا: إنَّ اشتراط الخيار في معنى الهزل، والهزل غير مانع؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «ثلاث هزلهنَّ جدُّ: النكاح والطلاق والعتاق»²، فمتى انعقد لزم وبطل شرطه.

ونجيز تزوج المحرم والمحرمة حالة الإحرام دون الوطء، وكذلك نجيز إنكاحهما.

(ولو تزوجهما) أي: امرأتين بعقد واحد (بألفٍ، وإحداهما حراماً) بأن كانت مجوسية أو معتدة الغير أو نحوهما (صح) النكاح اتفاقاً (في الحلال، ولها) أي: للتي صحَّ نكاحها تمام (الألف) عند أبي حنيفة. (وقالا: حصتها من مهر مثلها)³ يعني: يقسم الألف على مهر مثلها⁴، مثلاً: إذا كان مهر مثل إحداهما ضعفاً لمهر مثل الأخرى؛ يقسم الألف بينهما أثلاثاً، وإن كانا سواءً يقسم سواءً، فما أصاب مهر مثل الحلال يكون لها، وما أصاب مهر مثل المحرمة يسقط.

هذا إذا لم يدخل بالمحرمة، وإن دخل بها؛ فعلى قياس قوله لها مهر مثلها بالغاً ما بلغ، وعلى قياس قولهما لها مهر مثلها، ولا يجاوز حصتها من الألف.

قيّد بكون إحداهما حراماً؛ لأنَّه لو صحَّ نكاحهما يقسم الألف على مهر مثلها اتفاقاً.

لما: إنَّه جعل الألف بدل البضعين، ولم يسلم له إلا أحدهما⁵، فيجب عليه قدر ذلك من العوض، كما لو قال لامرأتين: تزوجتكما على ألفٍ، فأجابت إحداهما.

وله: إنَّ إحداهما ساقطة شرعاً؛ لعدم محلّيتها، فصارت كالساقطة حقيقةً، فيجعل كلُّ الألف مقابلاً للحلال⁶، ويكون التثنية مجازاً عن الواحد.

(فصل في الأولياء والأكفاء والوكالة في النكاح)

(ونجيزه) أي: النكاح (بعبارة النساء، فلو زوجت نفسها وهي حرّة عاقلة بالغة، أو وكلت غيرها، أو توكلت به) أي: صارت وكيلة بالتزويج (جواز من غير ولي) عندنا. وقال الشافعي: لا ينعقد بعباراتها، ولا بُدَّ من الولي.

الخلافة في إنشاء النكاح، وأما إقرارها بالنكاح؛ يصحُّ اتفاقاً. من «الحقائق».

أقول: إن كان النكاح بعبارتها جائزاً عنده بإذن الولي؛ كان ينبغي أن يقول: ونجيزه بعبارة النساء بلا إذن الولي حتى يصحَّ قوله: «فلو زوجت... إلى آخره» تفريقاً لمذهبننا. وإن كان غير جائزٍ عنده على ما يُشعرُ به بعضُ شروح «المنظومة»؛ كان عليه أن يطرح قوله: «من غير ولي»؛ ليصحَّ التفريق.

(ويشترطه) أي: أبو يوسف الولي (في رواية، وأوقفه) أي: جعل محمداً نكاحها موقوفاً (على إجازته) أي: إجازة الولي (في

أخرى) أي: في رواية أخرى عن أبي حنيفة، سواءً كان الزوج كفواً لها أو لم يكن.

للشافعي: ما روت عائشة رضي الله عنها: أنَّه صلى الله عليه وسلم قال: «أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحْتَ نَفْسَهَا بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ»⁷.

¹ ح: يصح.

² سنن أبي داود، الطلاق 9؛ سنن الترمذي، الطلاق 9؛ سنن ابن ماجه، الطلاق 13، وفيهم ذكر الرجعة مكان العتاق. وانظر الحديث بهذا اللفظ: الحجة على أهل المدينة للشيباني، 177/3.

³ د: مثلها.

⁴ د: مثلها.

⁵ ح: إحداهما.

⁶ د: للحال.

⁷ سنن أبي داود، النكاح 18-19؛ سنن الترمذي، النكاح 14؛ سنن ابن ماجه، النكاح 15.

ولنا: قوله تعالى: ﴿حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ [البقرة، 230/2]، فإنَّ إضافة النكاح إليها يدلُّ على انعقاده بعبارتها، وقوله صلى الله عليه وسلم: «الْأَيْمُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا»¹، فَإِنَّهُ مَتَّفِقٌ عَلَى صِحَّتِهِ، وَمَا رَوَاهُ سَقِيمٌ؛ لِأَنَّهُ نَقَلَ أَنَّ عَائِشَةَ زَوَّجَتْ بِنْتَ أَخِيهَا عَبْدِ الرَّحْمَنِ وَهُوَ غَائِبٌ، وَعَمَلُ الرَّائِي بِخِلَافِ مَا رَوَاهُ يَدُلُّ عَلَى سَقَمِ رَوَايَتِهِ، وَقَالَ الْبَخَارِيُّ: لَمْ يَصْحُحْ فِي بَابِ النِّكَاحِ حَدِيثُ دَلٍّ عَلَى اشْتِرَاطِ الْوَالِي فِي جَوَازِهِ، وَلَنْ سَلِمَ يَكُونُ مَحْمُولًا عَلَى الْأُمَّةِ وَالصَّغِيرَةِ.

(وَتُسْتَأْذَنُ² الْبَكْرُ، فَيَكْفِي صَمَاتُهَا) يعني: إذا استأذن وليُّ البكر في إنكاحها، فسكتت؛ فهو إذن؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «الْبَكْرُ تَسْتَأْذَنُ فِي نَفْسِهَا، فَإِنْ سَكَتَتْ؛ فَقَدْ رَضِيَتْ»³. وأما إذا بكت، فقيل: إن كان دمعها حارًا فهو ردٌّ، وإن كان باردًا فهو رضى. وقيل: إن كان بلا صوت؛ فهو رضى، وكذا الحكم إذا بلغ خبر التزويج إليها.

قيل: لا بُدَّ في الاستئذان من تسمية الزوج ومقدار المهر؛ لأنَّ رغبتهما يختلف باختلافهما، والصحيح: أنَّ المزوج إن كان غير الأب والجد؛ فلا بُدَّ من تسميتهما، حتى لو لم يسمهما لا يكون سكوتها رضىً. كذا في «شرح الوافي».

وذكر في «التبيين»: إذا سمي المهر أقلَّ من مهر مثلها؛ لا يكون سكوتها رضىً.

وفي «المحيط»: السكوت يجعل رضىً في أحد عشر موضعًا؛ في هذا الموضع، وفيما إذا قبض الأب والجد مهرَ البكر البالغة فسكتت، وفي الشفيع إذا سكت، وفي بيع الثلجئة إذا قال أحدهما: إني أجعلُ بيعًا صحيحًا، فسكت صاحبه، وفيما إذا أسر المشركون عبدًا، فوقع في الغنيمة، فقسم، فبيع، ومولاه الأوَّل حاضر، فسكت، وفيما قبض المشتري المبيع عند البائع، فسكت، وفيما إذا رأى عبده يبيع ويشترى، فسكت يكون إذنًا منه، وفيما إذا كان الخياض للمشتري، فأرى عبده المشتري يبيع ويشترى، فكت يطل خيازه، فلو كان الخياض للبائع لا يطل، وفيما إذا بيع مجهول النسب فسكت يكون إقرارًا، وفيما إذا حلف: لا أترك غلامًا في داري، فأراه ينزل في دار الحالف فسكت حنث، وفي النكاح الفضولي إذا هنأه الناس فسكت.

(وَتُعْرَبُ الثَّيْبُ) أي: تبيِّن، يعني: إذا استأذن من الثيب؛ فلا بُدَّ من رضاها بالقول لقلَّة حياتها بالممارسة، فلا يكتفى بسكوتها، ولو قبلت المهر أو التهنية؛ يكون رضى، ولو قبلت الهدية أو خدمت الزوج أو أكلت من طعامه لا يكون رضىً. كذا في «المحيط».

(وَنَزَوَّجَهَا كَالْبَكْرِ) يعني: يكتفى بسكوتها عند الاستئذان (إن زالت) بكارتها (بوثة، أو حيضة، أو تعنيس) يقال: عنست الجارية أي: طال مكنتها في منزل أهلها بعد بلوغها. وقال الشافعي: تستنطق؛ لأنَّها تبيِّن لزوال عذرتها.

ولنا: إنَّ بكرة الشيء: أوَّلُه، وهذه امرأة توطأ أوَّلًا، فيكون بكرًا حقيقةً، ولا يكون عذراءً لزوال العذرة، وهي الجلدة، ولهذا لو أوصى لأبكار بني فلان استحكمت في هذه الوصية.

(وكذا بزنا خفي) يعني: إذا زالت بكارتها بزنا خفي يكتفى بسكوتها كالبكر عند أبي حنيفة. وقالوا: لا يكتفى، بل تستنطق؛ لأنَّها تبيِّن كما تُستنطق إذا تكرَّر زناها، أو وطعت بشبهة.

وله: إنَّ التفحص عن حقيقة البكارة قبيح، فأدير الحكم على مظنتها، وفي استنطاقها إظهارًا لفاحشها، وقد ندب الشارع إلى السُّتْرِ، بخلاف ما تكرَّر زناها؛ لأنَّها لا تستحي بعد ذلك عادةً، وبخلاف ما وطعت بشبهة؛ لأنَّ الشارع أظهره بإيجاب العدة عليها.

(ولو ادَّعى سكوتها) وقت الاستئذان (وهي الرد) أي: وادَّعت أنها ردَّت النكاح، ولم تأذن، ولم يقر كلاهما بينة، (رجحنا قولها) بلا يمين عند أبي حنيفة، ومع يمين عندهما. وإن أقام أحدهما بينة، فأئهما أقام قبلت بينته.

فإن قلت: البينة على السكوت كيف صحَّت والشهادة على النفي غير مقبولة؟

قلنا: إذا تضمن النفي أمرًا وجوديًا تجوز البينة عليه.

(لا قوله) أي: قال زفر: قول الزوج مرجح.

ولو أقام كلٌّ منهما بينة على ما ادَّعاه؛ فبينتها أولى اتفاقًا؛ لأنَّها تثبت الرد، والزوج يثبت عدمًا، وهو السكوت.

قيدنا سكوتها بوقت الاستئذان؛ لأنَّ الزوج لو ادَّعى أنَّ زوجته التي لها خياض البلوغ سكتت حين بلغت، وادَّعت ردَّ النكاح فيه؛ فالقول قول الزوج اتفاقًا؛ لأنَّ ملكه كان ثابتًا عليها، والزوج ينكر زوال الملك عنها. كذا في «المحيط».

¹ صحيح مسلم، النكاح 66؛ سنن أبي داود، النكاح 24-25؛ سنن الترمذي، النكاح 17.

² ح: ويستأذن.

³ صحيح مسلم، النكاح 66؛ سنن الترمذي، النكاح 17. وفي صحيح البخاري معناه، النكاح 10.

⁴ د - إذا.

لرُفْر: إِنَّ الزَّوْجَ مَنْكُرٌ مَا هُوَ عَارِضٌ عَلَى السَّكُوتِ، وَهُوَ الرُّدُّ، فَيَكُونُ الْقَوْلُ لَهُ.
وَلَنَا: إِنَّهُ يَدَّعِي عَلَيْهَا تَمَلُّكَ الْبُضْعِ، وَالْمَرْأَةُ تَنْكُرُهُ، فَيَكُونُ الْقَوْلُ لَهَا، كَالْمُودِعِ إِذَا ادَّعَى رَدَّ الْوَدِيعَةِ؛ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ؛ لِأَنَّهُ مَنْكُرٌ
مَعْنَى.

(أَوْ نِكَاحٌ¹ ابْنَتِهِ) أَي: إِذَا ادَّعَى تَزْوِيجَ بِنْتِهِ مِنْ رَجُلٍ، فَجَحَدَ، (فَشْهَدَ ابْنَاهُ) أَي: ابْنَا الْمُدَّعِي عَلَى الْإِنْكَاحِ، (وَهِيَ كَبِيرَةٌ؛
يَرُدُّهَا) أَي: أَبُو يُوسُفَ شَهِدَتْهُمَا. (وَسَمِعَهَا) مُحَمَّدٌ.

قَيَّدْنَا بِجُحُودِ الزَّوْجِ؛ لِأَنَّهَا لَوْ جَحَدَتْ رِضَاهَا² فِي الصُّورَةِ الْمَذْكُورَةِ، فَشْهَدَ ابْنَاهُ؛ تَرَدُّ اتِّفَاقًا؛ لِأَنَّهَا شَهِدَتْهُ لِلْأَبِ بِتَنْفِيزِ قَوْلِهِ.
وَقَيَّدَ بِدَعْوَى الْأَبِ؛ لِأَنَّ الْمُدَّعِي لَوْ كَانَ هُوَ الزَّوْجَ تَقَبَّلُ شَهِادَتَهُمَا اتِّفَاقًا.
وَقَيَّدَ بِقَوْلِهِ: «وَهِيَ كَبِيرَةٌ»؛ لِأَنَّ الْبِنْتَ لَوْ كَانَتْ صَغِيرَةً لَا تُقْبَلُ³ اتِّفَاقًا.
لَأَبِي يُوسُفَ: إِنَّ هَذِهِ الشَّهَادَةَ شَهِدَتْهُ لِلْأَبِ صَوْرَةً؛ لِأَنَّ صَدَقَةَ يَظْهَرُ عِنْدَ النَّاسِ، وَهُوَ مُنْفَعَةٌ لَهُ، فَلَا تَقْبَلُ.
وَلِمُحَمَّدٍ: إِنَّ هَذِهِ الشَّهَادَةَ شَهِدَتْهُ لِأَخْتِهَا فِي الْحَقِيقَةِ، فَيَجْعَلُ دَعْوَاهُ كَلَا دَعْوَى.

(وَيَتَوَلَّى الْعَصْبَةُ الْمَسْلُومَ الْحُرَّ الْبَالِغَ الْعَاقِلَ) لِقَوْلِهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «الْإِنْكَاحُ إِلَى الْعَصَبَاتِ»⁴، شَرْطٌ فِي كَوْنِهِ وَلِيًّا أَنْ
يَكُونَ مُسْلِمًا؛ لِأَنَّ الْكَافِرَ لَا وِلَايَةَ لَهُ عَلَى الْمُسْلِمِ. وَأَنْ يَكُونَ حُرًّا؛ لِأَنَّ الْعَبْدَ لَا وِلَايَةَ عَلَى نَفْسِهِ، فَلَا يَتَوَلَّى عَلَى غَيْرِهِ، وَأَنْ يَكُونَ بِالْعَاقِلِ
عَاقِلًا؛ لِأَنَّ الصَّبِيَّ وَالْمَجْنُونَ لَا نَظَرَ لَهُمَا، وَالْوِلَايَةُ شَرَعَتْ لِلنَّظَرِ.

(وَلَا نَمْنَعُهُ) أَي: التَّوَلَّى (بِالْفَسْقِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا يَتَوَلَّى الْفَاسِقُ؛ لِأَنَّ الْوِلَايَةَ مِنْ بَابِ الْكِرَامَةِ، وَالْفَاسِقُ مِنْ أَهْلِ الْإِهَانَةِ، فَلَا
يَكُونُ أَهْلًا لِلْوِلَايَةِ.

وَلَنَا: إِنَّهُ وَلِيٌّ عَلَى نَفْسِهِ وَمَالِهِ، فَيَلِي غَيْرَهُ كَالْعَدْلِ.

قَيَّدَ بِالْفَاسِقِ؛ لِأَنَّ الْمَسْتَوْرَ يَلِي بِلا خِلَافٍ.

(وَالْكَافِرُ) عَطَفْتُ عَلَى قَوْلِهِ: «الْعَصْبَةُ»، أَي: يَتَوَلَّى الْكَافِرُ (عَلَى مِثْلِهِ) مِنْ أَقْرِبَائِهِ الْكُفْرَانَ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَالَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ
أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾ [الأنفال، 73/8].

(تَزْوِيجُ الصَّغِيرِ وَالصَّغِيرَةِ) وَهُوَ مَفْعُولٌ لِقَوْلِهِ: «يَتَوَلَّى». قَيَّدَ بِهِمَا؛ لِأَنَّ الْعَصْبَةَ لَا يَتَوَلَّى الْبَالِغَ وَالْبَالِغَةَ، بَلْ وِلَايَةُ الْإِنْكَاحِ لَهُمَا.
(كَالْأَبِ وَالْجَدِّ، وَيُحِبُّبِ الْأَقْرَبِ الْأَبْعَدَ) يَعْنِي: تَرْتِيبُ الْعَصَبَاتِ فِي وِلَايَةِ الْإِنْكَاحِ كَتَرْتِيبِهِمْ فِي الْإِرْثِ، فَيَكُونُ أَقْرَبُ الْأَوْلِيَاءِ: الْإِبْنُ،
ثُمَّ ابْنُ الْإِبْنِ وَإِنْ سَفَلَ، لَكِنْ هَذَا مُتَصَوِّرٌ فِي الْمَعْتُوهِ لَا فِي الصَّغِيرَةِ، ثُمَّ الْأَبُ وَأَبُ الْأَبِ وَإِنْ عَلَا، ثُمَّ الْأَخُ لِأَبٍ وَأُمِّ، ثُمَّ الْأَخُ لِأَبٍ،
ثُمَّ ابْنُ الْأَخِ لِأَبٍ وَأُمِّ، ثُمَّ الْعَمُّ لِأَبٍ وَأُمِّ، ثُمَّ الْعَمُّ لِأَبٍ وَأُمِّ، ثُمَّ ابْنُ الْعَمِّ لِأَبٍ وَأُمِّ، ثُمَّ ابْنُ الْعَمِّ لِأَبٍ وَأُمِّ، ثُمَّ مَوْلَى الْعِنَاقَةِ،
يَسْتَوِي فِيهِ الذَّكَرُ وَالْأُنْثَى، ثُمَّ عَصْبَةُ الْمَوْلَى.

(لَكِنْ يَنْبَغُ لَهُمَا) أَي: لِلصَّغِيرِ وَالصَّغِيرَةِ (خِيَارُ الْبُلُوغِ) يَعْنِي: إِذَا بَلَغَ كُلُّ مِنْهُمَا إِنْ شَاءَ قَامَ عَلَى النِّكَاحِ، وَإِنْ شَاءَ فَسَخَّ.

(بِتَزْوِيجِ غَيْرِهِمَا) أَي: غَيْرِ الْأَبِ وَالْجَدِّ وَإِنْ كَانَ أُمَّهَا. (وَيَسْقُطُهُ مَطْلَقًا) أَي: قَالَ أَبُو يُوسُفَ: لَا خِيَارَ لَهُمَا فِي غَيْرِ الْأَبِ وَالْجَدِّ؛ لِأَنَّ
النِّكَاحَ عَقْدٌ لَازِمٌ، وَقَدْ صَدَرَ مِنَ الْوَلِيِّ، فَلَا يَفْسُخُ قِيَاسًا عَلَى الْأَبِ وَالْجَدِّ.

وَلَهُمَا: مَا رَوَى أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ زَوَّجَ بِنْتَ عَمِّهِ حَمْرَةَ وَهِيَ صَغِيرَةٌ⁵، وَقَالَ: «لَهَا الْخِيَارُ إِذَا بَلَغَتْ»، وَغَيْرُ الْأَبِ
وَالْجَدِّ قَاصِرُ الشَّفَقَةِ بِالنِّسْبَةِ إِلَيْهِمَا، فَلَا يَقَاسُ عَلَيْهِمَا، وَالْأُمُّ وَإِنْ كَانَتْ وَافِرَةَ الشَّفَقَةِ، لَكِنْ فِي عَقْلِهَا قَصُورٌ.

(وَاللِّزُومُ بِتَزْوِيجِ الْقَاضِي رِوَايَةٌ) عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ، يَعْنِي: إِذَا زَوَّجَهُمَا الْقَاضِي يَكُونُ الْعَقْدُ لَازِمًا، وَلَا خِيَارَ لَهُمَا بِالْبُلُوغِ؛ لِأَنَّ وِلَايَةَ

الْقَاضِي كَامِلَةٌ، فَيَكُونُ مِلْزَمَةً كَالْأَبِ وَالْجَدِّ، لَكِنَّ وِلَايَةَ تَزْوِيجِ الصَّغَارِ إِنَّمَا يَثْبُتُ إِذَا شَرَطَهُ السُّلْطَانُ لِلْقَاضِي فِي مَنْشُورِهِ، وَلَوْ لَمْ يَكُنْ
مَشْرُوطًا فِيهِ، فَرُوجَهُمُ الْقَاضِي، فَأَجَازَ السُّلْطَانُ مَا صَنَعَهُ؛ يَجُوزُ عَلَى الْأَصَحِّ اسْتِحْسَانًا.

¹ د: لنكاح.

² ح: برضاها.

³ د: يقبل.

⁴ لم نجده إلا في تبين الحقائق للزليعي 122/2 عن علي مرفوعًا وموقوفًا؛ ولم يجد ابن حجر، انظر إلى الدراية له، 62/2.

⁵ لم نجده إلا في التجريد للقدوري، 4290/9. وأخرج في السنن الكبرى للبيهقي، 121/7.

(والخيار هو المختار كما أفنى به) يعني: المختار للفتوى: أن خيار البلوغ ثابت في تزويج القاضي كما أفنى به محمد رحمه الله؛ لأن ولايته متأخرة عن ابن العم، فإذا ثبت الخيار في تزويج الحاجب؛ فأولى أن يثبت في تزويج المحجوب، وهو القاضي. اعلم أن التي لها خيار البلوغ ينبغي أن تختار نفسها مع رؤية الدم وقت البلوغ، وإن رآته بالليل تقول: فسخت نكاحي، وتشهد عليه إذا أصبحت، ولو لم تفسخ بلسانها؛ لزمها النكاح.

ولو اجتمع خيار البلوغ مع الشفعة في وقت تقول¹: أطلب الحقين، ثم تبتدئ في التفسير بخيار البلوغ، ثم الفسخ إن وجد بعد الدخول؛ فلها المهر كاملاً، وهذا لا يكون طلاقاً؛ لأنه يصح من الأنتى، ولو وجد قبل الدخول؛ لا يجب نصف المسمى. فإن قيل: النكاح لا يحتمل الفسخ.

قلنا: نعم إذا كان تاماً، ولا يكون تاماً إذا فعله غير الأب والجد؛ لقصور الولاية. هذا مختصراً ما في «التبيين». (فلهما تزويجهما) أي: يجوز للأب والجد تزويج الصغير والصغيرة عند أبي حنيفة (بغير فاحش) وهو ما لا يتغابن الناس فيه (في المهر) كما إذا زوج بنته بمائة درهم، ومهر مثلها ألف درهم، أو زوج ابنه امرأة بألف درهم، ومهر مثلها مائة درهم. (وبغير كف) وقالوا: لا يجوز تزويجهما كذلك.

وفي «مجموع النوازل»: الخلاف فيما إذا كان الأب صاحباً، ولو كان سكراناً؛ لا يصح بالاتفاق. وفي «المحيط»: الوكيل بالنكاح إذا زاد أو نقص عن مهر المثل؛ فعلى هذا الاختلاف. قيد بالأب والجد؛ لأن تزويج غيرهما هكذا لا يجوز اتفاقاً. وقيد بالتزويج؛ لأن بيع الأب مال ولده بالعبن الفاحش لا يجوز اتفاقاً، والجد كالأب عند عدمه. وقيد العبن بالفاحش؛ لأن اليسير لا يمنع الجواز اتفاقاً. ظن بعض: أن الزيادة لا تجوز، ويجوز النكاح بمهر المثل، والأصح: أن النكاح غير جائز. من «الحقائق». لهما: إن هذا الإنكاح يتضمن² الإضرار بهما، فلا يجوز.

وله: إن الأب وافر الشفقة، فلعل هذا الإضرار كان لجلب منافع آخر، من كون الزوج حسن الخلق والألفة، وواسع النفقة والعفة، فعقد³ هذا العقد نظراً لولده لا إضراراً عليه، حتى لو عرف من الأب سوء الاختيار لسفهه أو لطمعه؛ لا يجوز عقده اتفاقاً. (ولم يقصروا الولاية على الأب في الصغيرة) قال مالك: لا يلي الصغيرة غير الأب؛ لأن الولاية على الحرّة تثبت على خلاف القياس، والنص إنما ورد في ولاية الأب؛ لما روي أن أبا بكر رضي الله عنه زوج النبي صلى الله عليه وسلم عائشة وهي بنت ست، ووفقت إليه⁴ وهي بنت تسع، وكانت عنده تسعاً⁵.

ولنا: قوله صلى الله عليه وسلم: «الإنكاح إلى العصبات»⁶، والولاية موافقة للقياس؛ لأن النكاح مشتمل على مقاصد لا يتم إلا بين المتكافئين، والكف لا يتفق في كل وقت، فمست الحاجة إلى إثبات الولاية لئلا يفوت الكف الخاطب لو انتظر إلى البلوغ. (وندي الإجماع على الصغير) يعني: ولاية إنكاحها بدون رضاها إنما يثبت عندنا إذا كانت صغيرة بكرًا كانت أو ثيبًا. (لا البكارة) يعني: عند الشافعي: إنما يثبت الولاية عليها إذا كانت بكرًا بالغة كانت أو صغيرة؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يشترط في إنكاح البكر مطلقاً إذنها⁷، فيملك الولي إنكاحها بدون رضاها صريحاً. ولنا: إن الولاية في مالها إنما ينقطع إذا بلغت، فكذا ينقطع الولاية على نفسها، وإنكاح البكر البالغة إنما يكون برضاها، لكن النبي صلى الله عليه وسلم أقام سكوتها مقام رضاها.

وإنما وضع في البنت؛ إذ في الابن يجوز الإجماع في الصغير اتفاقاً. من «الحقائق».

¹ د: يقول.

² د: تضمن.

³ د: فعقد.

⁴ د: إليها.

⁵ انظر صحيح البخاري، فضائل الصحابة 73، النكاح 39؛ صحيح مسلم، النكاح 69-72؛ الأصل للشيباني، 186/10.

⁶ لم نجد إلا في تبين الحقائق للزيلعي (122/2) عن علي مرفوعاً وموقوفاً؛ ولم يجد ابن حجر، انظر إلى الدراية له، 62/2.

⁷ انظر صحيح البخاري، النكاح 42؛ الإكراه 3؛ صحيح مسلم، النكاح 64-67.

(وأعدنا ولاية الأب لجنون الولد بعد البلوغ) يعني: من جُنَّ بعد بلوغه؛ يثبت لأبيه الولاية في تزويجه عندنا، حتى لو رُوج رجلٌ من ابنه الكبير امرأةً بغير إذنه، ثُمَّ جَنَّ الابنُ قبل الإجازة؛ فلأب أن يجيزَ ذلك النكاح؛ لأنه يملكُ إنشاءَ النكاح عليه، فيملكُ الإجازةَ فيه. وعند زفر: لا يثبت الولاية.

قيدنا الولاية بأن يكون في تزويجه؛ لأنَّ ولايته في ماله يعودُ اتفاقاً؛ لتجدد الحاجة إليه في كلِّ وقتٍ. ويقتد بالجنون بعد البلوغ؛ لأنَّه لو بلغ مجنوناً لا تزول¹ ولايةُ أبيه عنه اتفاقاً. له: إنَّ الولدَ لَمَّا بلغ عاقلاً صار وليَّ نفسه، فزال ولايةُ أبيه عنه، فلا يعودُ. ولنا: إنَّ سبب الولاية قبل البلوغ كان عجزَ الولد عن تحصيل كفته، وبعثونه صار عاجزاً أيضاً، فيعودُ.

(والأمُّ وأقاربها) كالجدَّة والخال والخالة (وذوا الأرحام) الأقرب فالأقرب (أولياء) للإنكاح عند أبي حنيفة (بعد العصبية) أي: بعد أن لم يكن لها من العصبية النسبية والسببية أحدٌ، فولايةُ التزويج للأمِّ، ثُمَّ للأخت لأبٍ وأمِّ، ثُمَّ لأبٍ، ثُمَّ للأخ أو الأخت لأبِّ، ثُمَّ لأولادهم، ثُمَّ للعمات، ثُمَّ للأخوال، ثُمَّ للخالات، ثُمَّ لبنات الأعمام. وهذا عند أبي حنيفة، وهو استحسانٌ. كذا في «الكافي شرح الوافي».

(ومنهم) أي: قال محمدٌ: ليس لغير العصبية ولاية؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «الإنكاح إلى العصبية»².

ذكر الكرخي: أن أبا يوسف مع محمدٍ في هذه المسألة، وأكثر الروايات على أنه مع أبي حنيفة.

ولهما: إنَّ استحقاق الولاية بالقرابة الباعثة على الشفقة، وهي موجودةٌ في الأمِّ وذوي الأرحام، فيقومون في الإنكاح مقامَ العصبية عند عدمهم كما قاموا في الإرث مقامهم، وما رواه يدلُّ على أنَّ الإنكاح للعصبية عند وجودهم، وأما عند عدمهم؛ فالحديثُ ساكتٌ عنه.

(ثم يتولى مولى المولدة) لأنَّه وارثٌ مؤخَّرٌ عن ذوي الأرحام، فكذا في الولاية.

(ثم القاضي) أقول: الولاية لمولى المولدة ثابتةٌ عند أبي حنيفة خلافاً لمحمدٍ، يُشعرُ به دليله فيما سبق، وأنت ترى أنَّ المصنِّفَ أورد ولايته على صيغة الوفاق، ولو قال هنا: أصحاب الفروض النسبية وذو³ الأرحام ومولى المولات أولياء بعد العصبية ومنهم؛ لكان أجملَ وأوجزَ وأشملَ؛ لأنَّ للأخت لأبٍ ولايةً على الخلاف المذكور مع أنَّها خارجةٌ من كلامه؛ لأنَّها ليست من أقارب الأمِّ ولا من ذوي الأرحام.

(والجدُّ أولى من الأخ) في ولاية الإنكاح عند أبي حنيفة (مطلقاً) أي: سواء كان لأبٍ وأمِّ أو لأبٍ. (وأثبتها لكلِّ منهما)

أي: تثبت الولاية لكلِّ من الجدِّ والأخ عندهما، أراد بالجدِّ: الجدُّ الصحيح؛ لأنَّ الفاسد لا ولاية له عند محمد.

وفي «الحقائق»: الخلاف في المسألة من الكرخي، أما الأصحُّ: أنَّ الولاية للجدِّ اتفاقاً، والجدُّ الفاسدُ والأخُ للأمِّ بمعزلٍ عن مسألتنا؛ لأنَّهما ذكرا مطلقاً، والمطلق ينصرفُ إلى الكامل، وهو العصبية.

لهما: إنَّ الجدَّ يدلي إلى الصبيِّ بواسطةً أنَّه أبٌ أبيه، والأخُ يدلي إليه بواسطةً أنَّه ابنُ أبيه، وفي الجدِّ رجحانٌ من حيث إنَّه أصلٌ، وفي الأخ رجحانٌ من حيث إنَّ الابنَ أولى في العصبية من الأب، فاستويا في الولاية نظراً للصبيِّ.

وله: إنَّ الجدَّ أقوى قرابةً، ولهذا يرثُ مع ابن الابن، والأخ لا يرثُ معه، ولا وجه لتسويتيهما مع اختلاف سبب عصبيتهما؛ لأنَّ سبب عصبية الجدِّ الجزئية، وسبب عصبية الأخ المجاورة في الصلب أو الرحم.

(ورجَّح أب المجنونة على ابنها. وعكسا) يعني: إذا كان لمجنونةً أبٌ وابنٌ؛ يتولَّى نكاحها أبوها عند محمد رحمه الله، وابنُها

عندهما.

وكذا الخلاف لو كان مكان الأب جدُّ؛ لأنَّه كالأب.

وضع المسألة في المرأة؛ لأنَّ الرجل لو كان مختلاً وله أبٌ وابنٌ؛ فالتزويجُ إلى الابن عند أبي حنيفة، وعندهما إلى الأب. من «المحيط».

له: إنَّ الأب لها أنظرُ، وشفقته عليها أوفرُ، ولهذا ثبت الولاية في مالها للأب دون الابن، فكان الأبُ أولى.

¹ ح: يزول.

² لم نجد إلا في تبين الحقائق للزيلعي 122/2 عن علي مرفوعاً وموقوفاً، ولم يجد ابن حجر، انظر إلى الدراية له، 62/2.

³ د: وذووا.

ولهما: إنَّ ولايةَ الإنكاحِ تبني¹ على العسوبة، والابنُ مقدَّمٌ على الأبِ في العسوبة، والعبرةُ للمتقدِّمِ فيها لا للزيادةِ في الشَّفقة،
بدليل أنَّ ابنَ الأخِ مقدَّمٌ على أبِ الأمِّ مع أنه أشفقٌ.

وعن أبي يوسف: إنَّ الأبَّ مقدَّمٌ إذا اجتمع مع الابنِ احترامًا له.

(ويجوز للأب تزويج عبد الصَّغير من أمه) يعني: إذا كان للصَّغيرِ عبدٌ وأمٌّ، فزوّج أبوه أمته من عبده؛ يجوز عند أبي يوسف
خلافًا لهما، والوصيُّ على هذا الخلاف. من «المبسوط».

له: إنَّ الأبَّ كان يملك تزويجَ أمة الصَّغيرِ من غير عبد الصَّغيرِ، فيملك تزويجها من عبد الصَّغيرِ.

ولهما: إنَّ الأبَّ لا يملك تزويجَ عبد الصَّغيرِ؛ لأنَّ ينتقصُ بزوم المهر عليه، فلا يملكُ تزويجَه من أمته أيضًا؛ لأنَّ أحدَ جزأي
هذا المجموع إذا لم يكن جائزًا له؛ لا يكون هذا المجموعُ جائزًا له بالضرورة.

(وإذا غاب الوليُّ الأقربُ غيبةً منقطعةً، فعقد الأبعدُ؛ أجزناه) ولا يبطل عقدهُ إذا جاء الأقربُ. وقال زفر: لا يجوز عقدهُ؛ لأنَّ
الأقربُ هو الأصلُ، والأبعدُ خَلَفَ عنه، فإذا وجد الأقربُ؛ يبطلُ عقدُ الأبعدِ، كالماء إذا وُجد يبطلُ حكمُ التيممِ.

ولنا: إنَّ الأقربَ كان في حكم المعلوم لعدم الانتفاع به، فتعيَّن أن يحصل المقصودُ بالخلف، وبعدما حصل المقصودُ به لا
يبطلُ حكمهُ بالأصل، كمن تيمَّم مع وجود الماء النجس، فصلى، ثمَّ وجد ماءً طاهرًا؛ لا يبطلُ صلاته.

(ونقلناه) أي: الوليُّ الأبعدُ بعدما غاب الأقربُ غيبةً منقطعةً **(على القاضي)** وقال الشافعيُّ: القاضي مقدَّمٌ على الوليِّ الأبعدِ؛
لأنَّ ولايةَ الأقربِ في الإنكاحِ لم يبطلْ بغيبته كما لم يبطلْ ولايته في ماله، لكن بغيبته صار كأنه منع حقَّ الصغيرة في تزويج الكفء،
فيقوم القاضي مقامه دفعًا لظلمه.

ولنا: إنَّ الولايةَ شرعتُ للأولياء للقرابة الدَّاعية إلى شفقتهم، فلما لم ينتفع بالأقرب لغيبته؛ ينتقل الولايةُ إلى الأبعد نظرًا للمولى
عليه، فصار كما لو مات الأقربُ أو جُرِّ، ونيايةُ القاضي كيف تتحقَّق² ولم يوجد من الأقربِ ظلمٌ؟

أقول: إن كان قولُ الشافعيِّ في طرف النفي من قولنا؛ كان ينبغي أن لا يردفَ قولهما في قوله: «ورجح أب المجنونة على ابنها
وعكسا»، وإن لم يكن في طرف النفي؛ كان ينبغي أن يردفَ قوله؛ لأنَّ المراد من التقديم والترجيح ههنا واحد.

(وفسرهاها) أي: الغيبةُ المنقطعةُ **(بأن يفوت الكفء)** الخاطبُ أن يستأخِرَ إلى أن يعرف الأمرَ، **(باستطلاع رأيه)** أي: باستعلام
رأي الوليِّ الأقربِ، حتى لو كان مختفيًا في البلدة لا يوقفُ عليه يكون غيبةً منقطعةً؛ لأنَّ الكفء لا يتفق في كلِّ وقتٍ، وهو مختارُ
بعض المشايخ وصاحب «الهداية». **(لا بجهل مكانه)** أي: عند زفر: هي مفسرةٌ بأن لا تعرفَ مكانَ الأقربِ؛ لأنَّه إذا عرف مكانه ينتفع
برأيه، فلا يثبت الانقطاعُ. ومختارُ أكثر المتأخرين أنَّها مقدَّرةٌ بمدة السفر، وهو مروى عن محمدٍ، وعليه الفتوى. كذا ذكره صاحب
«الكافي».

(وتعتبر الكفاءة) أي: كونُ الزوج نظيرًا للزوجة.

وفي «الفتاوى الظهيرية»: الكفاءةُ معتبرةٌ في ابتداء النكاحِ، حتى لو زال بعده كفوئته لها لا يفسخُ³ النكاحُ.

وإنما اعتبر الكفاءة فيه؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «ألا لا يزوّج النساءُ إلا الأولياء، ولا يزوّجن إلا من الأكفاء»⁴.

(في الدين) أي: في التقوى، **(فلا يكون الفاسقُ كفؤًا للصالحة. وجعله)** أي: محمدًا الفاسقَ **(كفؤًا)** للصالحة؛ لأنَّ التقوى
من أمور الآخرة، فلا يفوت بفواته مقاصدُ النكاحِ، **(إلا إذا استخفَّ به)** أي: بالفسق بحيثُ يخرج سكران، ويستخفُّ به الناسُ، فلا
يكون كفؤًا للصالحة؛ لأنَّها تعيَّرُ به، فيفوت بعضُ المقاصدِ.

(وفي المال) أي: يعتبرُ الكفاءةُ في المال أيضًا **(بملك المهر المعجل)** أي: بأن يملك الزوجُ المهرَ المعجلَ، وهو ما تعارفوا
على تعجيله؛ لأنَّه بدلُ البضع، فلا بُدَّ من تملكه.

1 ح: يبني.

2 ح: يتحقق.

3 د: يفسخ.

4 سنن الدارقطني، 358/4؛ السنن الكبرى للبيهقي، 133/7. وقال ابن حجر في الدرابة (62/2): إسناده واه؛ لأن فيه مبشر بن عبيد وهو كذاب. وهو في
المبسوط للسرخسي، 23/5.

(والنفقة) أي: بأن يملك نفقة الزوجة؛ لأنّ الأزواج إنّما يقوم بها، وهي مقدّرة بنفقة كلِّ يوم. وقيل: بنفقة شهر. وقيل: بنفقة ستة أشهر.

قيّد المال بملك المهر والنفقة إشارةً إلى أنّ الكفاءة في كثرة المال غير معتبرة كما اعتبره بعض المتأخرين؛ لأنّ كثرتَه مذمومة. وفي «الذخيرة»: هذا إذا كانت كبيرة، وإن كانت صغيرة لا تطبق¹ الجماع؛ لا تعتبر نفقتها؛ لأنّه لا نفقة لها، ولو كان يجد نفقتها، ولا يجد نفقة نفسه؛ فهو كفاء.

(ويعتبرها) أي: أبو يوسف في رواية التّفقة في كفاءة المال (دونه) أي: دون المهر؛ لأنّ المساهلة تجري في المهر، ويعدّ الابن قادرًا عليه بيسار أبيه، والآباء يحملون المهور من الأبناء في العادة، ولا يحملون النفقة الدارة.

(ويجعله) أي: أبو يوسف الزوج (بملكهما) أي: بكونه مالكا للمهر والنفقة (كفؤًا لفائقة الغنى) وقالوا: لا يكون كفؤًا.

له: إنّ مصالح النكاح ينتظم بهما، وما عداهما لا يُعتبر؛ لكونه زائدًا عن قدر الحاجة.

ولهما: إنّ الناس يفتخرون بالغنى ويعيرون بالفقر، قالت عائشة: رأيت ذا الغنى مهينًا، وذا الفقر مهينًا².

أقول: فهم مما سبق أنّ مالك المهر المعجل والنفقة يكون كفؤًا لفائقة الغنى اتّفاقًا، ومن هذه المسألة أنّه لا يكون كفؤًا عندهما، وبينهما تنافٍ، فينبغي أن يُحمل هذا الحكم على غير ظاهر الرواية عنهما، ولو بيّنه المصنّف؛ لكان أحسن.

(واعتبر فيها) أي: محمد في الكفاءة (الصنائع) لأنّ الناس يفتخرون بشرفها، ويتعيضون بدناءتها، فالبيطار لا يكون كفؤًا

للعطّار. (وعن الإمام) أبي حنيفة (روايتان، ويعتبرها) أي: أبو يوسف الصنائع (في رواية، ويعكس) أي: لا يعتبرها (في أخرى) لأنّ الحرفة ليست بلازمة، والتحوّل ممكن من الدنية إلى الشريفة، (إلا أن يفحش) التفاوت بين الحرفتين كالديباغ والبراز.

(واعتبروا النسب) في الكفاءة، (ولم يقتصروا عليه) يعني: اعتبار الكفاءة غير مقصور على الدين عندنا. وقال مالك: مقصور

عليه؛ لأنّ الدين أفضل من غيره.

ولنا: قوله صلى الله عليه وسلم: «قريش بعضهم أكفأ لبعضهم بطن، والعرب بعضهم أكفأ لبعض، والموالي بعضهم أكفأ لبعض رجل رجل»³، أراد بالموالي: العجم، إنّما سموا موالي؛ لأنّ بلادهم فتحّت عنوةً بأيدي العرب، وكان للعرب استرقاقهم، فلما تركوهم على حالهم صاروا كأنّهم أعتقوهم، وإنّما قال في الموالي: «رجل برجل» إشارةً إلى أنّهم ضيّعوا أنسابهم، ولا يفتخرون بها، وأنّما التفاضل فيما بين قريش؛ فلا يُعتبر؛ لإطلاق النصّ.

(ويجعل ذا أب في الإسلام أو الحرّية كفؤًا لذي أبوين) يعني: قال أبو يوسف: من كان له أب مسلم أو حرّ يكون كفؤًا لمن

أبوه وجدّه مسلمان أو حرّان إلحاقًا للواحد بالآخرين كما هو مذهبه في تعريف الشاهد. وقالوا: لا يكون كفؤًا؛ لأنّ تمام النسب بالجدّ.

قيد بقوله: «ذا أب»؛ لأنّ من أسلم بنفسه ولم يكن له أب في الإسلام؛ لا يكون كفؤًا لمن لها أب مسلم اتّفاقًا.

وفي «الكافي»: هذا الخلاف في العجم؛ لأنّ مفاخرتهم بالإسلام والحرّية لا بالأنساب، وأنّ العرب؛ فمن أسلم بنفسه منهم

يكون كفؤًا لامرأة لها أبوان في الإسلام؛ لأنّ مفاخرتهم بالأنساب، ونسب كلّهم شريف؛ لاتصاله بإبراهيم صلى الله عليه وسلم.

(ويستوي الأبوان والأكثر) يعني: من كان أبواه مسلمين يكون كفؤًا لمن له آباء؛ لأنّ ما فوق الجدّ لا يُعرف غالبًا، فلا يُشترط

إسلامه.

(وإذا تزوجت بغير كفاء؛ جاز للأولياء التّفريق بينهما) ومعنى تفريقهم: أن يطلبوا ذلك من الحاكم؛ للحقوق العار بهم بمصاهرة

غير الكفاء لهم، وهذا يدلّ على أنّ نكاحها صحيح باقٍ مع أحكامه إلى أن يفرّق القاضي، وعن أبي حنيفة: إنّه غير صحيح. وفي «الخانية»: هذا القول أصحّ وأحوط، والمختار للفتوى في زماننا؛ إذ ليس كلّ وليّ يحسن المرافعة إلى القاضي، ولا كلّ قاضي يعدل، فسُدّ هذا الباب ليكون أسدّ.

وفي «الحقائق»: المطلقة ثلاثًا لو تزوجت نفسها من غير كفاء، ودخل بها الزوج، ثمّ طلقها؛ لا تحلّ على الزوج الأوّل على ما

هو المختار، وهذا مما يجب حفظه، وسكوته الولي لا يكون رضى. ولو خاصم في نفقتها أو قبض مهرها يكون رضى. ولو فارقته بعد رضا الولي بنكاحها، ثمّ تزوجت منه بدون رضاه؛ فله أن يفرّق بينهما؛ لأنّ حقّ الفسخ تجدد بتجدد النكاح. كذا في «المحيط».

¹ د: يطيق.

²

³ مسند البزار، 121/7؛ السنن الكبرى للبيهقي، 134/7؛ المبسوط للرخسي، 23/5.

ولا يكون هذا التفريق طلاقاً؛ لأنه فسح لأصل النكاح، ولهذا لم يجب عليه شيء إذا لم يدخل بها.
وفي «الكافي»: هذا إذا لم تلد¹؛ لأنها إذا ولدت منه؛ ليس للأولياء حق الفسخ؛ فلا يضيع الولدُ عنم يريته.
(ويجيزه) أي: أبو يوسف التفريق (لبعضهم) أي: لبعض الأولياء المتساوين في الدرجة (إن اختلفوا) فرضي بعضهم بتزويجها
بغير كفٍ. وقالوا: ليس لغير الراضين منهم حق الاعتراض.

له: إنَّ الكفاءة حقُّ الكلِّ، فلا يسقط إلا بإسقاط الكلِّ، كما لو كان لهم دينٌ، فيسقاط أحدهم حقه لا يسقط عن الباقيين.
ولهما: إنَّ الاعتراض حقٌّ لا يتجزأ، كالأمان والعفو عن القصاص، فيبطل أحدهم يبطل عن الباقيين.
(ولولي الاعتراض) عند أبي حنيفة حتى يتم لها مهرٌ مثلها أو يفارقها منه (إذا نقصت) الحرَّة البالغة العاقلة في تزويج نفسها
من كفٍ (من مهر مثلها) مقدار ما يتغابن فيه. (ويمنعها) أي: أبو يوسف الولي عن الاعتراض؛ لأنَّ المهرَ خالصٌ حقُّها، فلها أن تهبهُ
كما بعد التسمية.

وله: إنَّ تمام مهر المثل حقُّ الولي؛ لأنه يعيَّر² بنقصانه، فله الاعتراض دفعا للعار عن نفسه، وإنَّما حقُّ المرأة الاستيفاء.
(وإن أكرها) أي: المرأة ووليها جميعاً على النكاح بدون مهر المثل، (ثم زال) الإكراه، (فرضيت) بذلك النكاح، ولم يرض
الولي؛ (فله أيضاً) أي: للولي حقُّ الاعتراض عند أبي حنيفة كما سبق. (ومنعها) محمداً كأبي يوسف.
إنَّما أورد هذه المسألة بناءً على أنَّ نكاح امرأةٍ نقصت عن مهر مثلها موقوفٌ على إجازة الولي عند محمد، فلا يُصوَّر الاعتراضُ
له إلا في صورة الإكراه، وروي أنه رجع عن هذا القول، وقال: يجوز بلا توقُّف، ولكن ليس لوليها³ الاعتراض، وبهذه الرواية عمل صاحبُ
«الهداية»، فذكره مع أبي يوسف في خلافه أبا حنيفة.

(ونجيز تولي طرفي النكاح) أي: أن يكون واحدٌ عاقداً من الطرفين (وليًا كان) ذلك العاقد من الجانبين، كمن زوج ابنَ ابنة
بنتِ ابنة الآخر بأن قال: زوجت فلانةً من فلانٍ، وهذه العبارة تكفي وتقوم مقام القبول، (أو وكيلًا) من الجانبين، وهو ظاهرٌ، (أو وليًا)
من جانبٍ (ووكيلًا) من آخر، بأن وكله رجلٌ بأن يزوجه بنته الصغيرة، (أو أصيلاً ووكيلًا) كمن وكلته امرأةً بأن يزوجه من نفسه، فتزوجها.
وفي «النوازل»: إذا تزوج امرأةً عند شاهدين، ولم يعرف اسمها ونسبها؛ لا يجوز نكاحه.
وفي «المحيط»: إذا وكلت بتزويجها من رجلٍ، فزوجها من نفسه؛ لم يجز؛ لأنها أمرت له بالتزويج من رجلٍ نكرةً، وهو معرفةٌ
بالخطاب، والمعرفة لا تدخل تحت النكرة.

(أو وليًا وأصيلاً) كمن زوج بنت عمه الصغيرة من نفسه بأن قال: تزوجت فلانةً.
وقال الشافعي: لا يجوز في الجميع؛ لأنَّ النكاح يقتضي إيجاباً وقبولاً، وتمليكاً وتملكاً، والواحد لا يصلح لكليهما؛ لأنَّهما
متنافيان كما في البيع.

ولنا: إنَّ العاقد في النكاح معيَّر؛ لأنَّ قوله: زوجت فلانةً من فلانٍ يتضمَّن شطرين، فلا حاجة إلى القبول، والواحد يصلح أن
يكون نائباً من اثنين في الكلام، فإنَّ الحقوق لا يرجعُ فيه إلى العاقد، فلا يؤدي إلى حكمين متضادين من كون الواحد طالباً ومطلوباً.
موضع الخلاف النكاح احتراز به عن البيع، فإنَّه لا يجوز أن يتولى فيه طرفي العقد واحد. من «الحقائق».

(واقراز الولي والوكيل ومولى العبد بالنكاح غير نافذ) يعني: إذا أقرَّ وليُّ الصَّغير والصغيرة بتزويجهما، وأقرَّ وكيلٌ رجلٍ أو امرأةً
بنكاحهما، وأقرَّ مولى العبد بنكاحه؛ لا ينفذ إقرارهم عليهم في الحال عند أبي حنيفة (إلا ببينة) أو تصديقٍ، حتى لو لم توجد بينة على
إنكاح⁴ الصغير والصغيرة يكون إقراره موقوفاً على بلوغهما، فإذا بلغا وصدَّقه ينفذ، وإلا فلا، وقالوا: ينفذ في الحال بلا بينة.
قيَّد بالعبد؛ لأنَّ مولى الأمة لو قال: زوجت أمتي من فلانٍ؛ يصدَّق اتِّفاقاً. من «الحقائق».

فإن قلت: إنكار الصغير والصغيرة غير معتبر، فكيف تقام البينة عليه؟

قلت: بنصب القاضي خصماً عنهما.

لهما: إنَّ المقرَّ بالنكاح لو أنشأ الإنكاح عليهم؛ لنفذ، فنفذ إقراره كما ينفذ إقرار الوكيل بالبيع، وإقرار الولي والوصي ببيع مالهما.

1 د: يلد.

2 د: تعير.

3 د: لوليها.

4 د: نكاح.

وله: إنَّ النكاح له علامة شرعاً، وهي الشهود، وعلامة عادةً، وهي الإعلان، فلا يصدَّق¹ في إقراره به بدون العلامة، بخلاف الإقرار بالبيع؛ لأنَّ حضورَ الشهود ليس بشرطٍ فيه.

(وينفذ في الأمة) أي: إذا أقرَّ المولى بنكاح أمته؛ ينفذُ إقراره عليها اتِّفاقاً؛ لأنَّ منافعَ بضعها مملوكةٌ له، فإذا أقرَّ بها لغيره؛ ينفذُ إقراره عليه.

(ونجيزُ عقدَ الفضوليِّ) وهو من لم يكن ولياً ولا أصيلاً ولا وكيلاً (من جانبٍ) كما إذا زوّجَ امرأةً بغير أمرها رجلاً، فقبل (موقوفاً) يعني: ينعقدُ موقوفاً على الإجازة عندنا. وقال الشافعيُّ: لا ينعقدُ، وهذا بناءً على أنَّ عقدَ الفضوليِّ غيرُ جائزٍ عنده، وجائزٌ عندنا موقوفاً. تقدّمَ التعليل من الطرفين في أواخر فصل خيار الرؤية.

(ويجيزه) أي: أبو يوسف عقدَ الفضوليِّ (من الجانبين) كما إذا قال: زوّجت فلانةً من فلانٍ، وهما غائبان بغير أمرهما، فينعقدُ عنده موقوفاً على إجازتهما. وقال: لا ينعقدُ.

وكذا الخلافُ فيما لو كان العاقدُ أصيلاً أو ولياً أو وكيلاً من جانبٍ وفضولياً من جانبٍ آخر. وفي «النهاية»: هذا إذا تكلمَ الفضوليُّ بكلامٍ واحدٍ، وإن تكلمَ بكلامين بأن قال: زوّجتُ فلانةً من فلانٍ وقبلتُ منه؛ يتوقَّفُ اتِّفاقاً.

له: إنَّ كلامَ الواحد في التَّكاح يقومُ مقامَ الكلامين، فصار كما إذا كان ولياً لهما أو وكيلاً منهما أو ولياً من جانبٍ ووكيلاً من جانبٍ، وقال: زوّجت فلانةً من فلانٍ، وكما قال الزوجُ: خالعتُ امرأتِي على كذا وهي غائبةٌ، فبلغها الخبرُ، فقبلت جاز، وكذا الطلاقُ والإعتاقُ على مالٍ.

ولهما: إنَّ العقدَ التامَّ يكون موقوفاً على ما وراء المجلس، وشطرُ العقد لا يكون موقوفاً على ما وراءه؛ لأنَّ الرجوعَ ممكنٌ فيه قبل قبول الآخر كما في البيع، بخلاف ما ذكره من الصُّور؛ لأنَّ الوليَّ يحكم ولايته من الجانبين صار كشخصين، وكذا² الوكيلُ انتقلُ كلامه إلى الزوجين، وبخلاف الخلع والإعتاق على مالٍ؛ لأنَّ فيهما معنى تعليق الطلاق والعتاق بالقبول؛ لصحَّة تعليقهما بالشرط، والنكاح لا يحتمل التعليق.

(ويصحُّ من الفضوليين) العقدُ اتِّفاقاً؛ لأنَّه يتَّمُّ بهما.

(فصل) في المهر

(يصحُّ) التَّكاح (بغير تسمية مهرٍ) فيجب مهرُ المثل؛ لأنَّ وجوبَ المهر ثبت بالشرع، فلا يتوقَّفُ على التسمية. (ولا ينقصه عن عشرة دراهم) وقال الشافعيُّ: ما جاز أن يكون ثمناً جاز أن يكون مهراً؛ لأنَّه حقُّها وبدلُ بضعها، فكان التصرفُ إليها كما في البيع.

ولنا: ما روي أنَّه صلى الله عليه وسلم قال: «لا مهرَ أقلَّ من عشرة دراهم»³، والمالُ في قوله تعالى: ﴿أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ﴾ [النساء، 24/4] كان مجملاً، وهذا بيانٌ له.

وفي «النوادر»: لو تزوّجها على قطعة فضةٍ وزنه عشرة، ولا يساوي عشرةً مضروبةً؛ جاز، ولو كان هذا في السرقة لا يقطعُ اليدُ حتى يكون عشرة دراهم في الوزن والقيمة جميعاً؛ لأنَّ القطعَ يندرجُ بالشبهات.

(ولو سَمِيَ أقلُّ) من عشرة دراهم (أتممناها، وتركنا مهرَ المثل) يعني: لها عشرةً عندنا. وقال زفر: لها مهرُ المثل؛ لأنَّ المسَمَى لا يصلح مهراً، فصار كأنَّه لم يسمَّ.

ولنا: إنَّ هذه التسمية فسدت لوجود الإسقاط من حقِّ الشرع، وهو العشرة، فيكملُ، بخلاف ما إذا لم يسمَّ شيئاً؛ لأنَّها رضية بلا مالٍ إظهاراً للكرم، فلا ترضى بالقليل، فيجب الموجبُ الأصليُّ، وهو مهرُ المثل.

فلو طلقها قبل الدخول يجب عندنا خمسة، وعنده المتعة كما إذا لم يسمَّ. (أو أكثر) أي: لو سَمِيَ أكثر من العشرة (وجب بدخوله)؛ لأنَّها بتسليم المبدل استحقت كلَّ البدل، (أو بموته)؛ لأنَّ التَّكاح تقرَّر به.

¹ د: تصدق.

² د + وكذا.

³ المعجم الأوسط، 6/1؛ سنن الدارقطني، 358/4.

اعلم أنَّ قولَه: «وجب» جواب لقوله: «أو أكثر»، ويكون «أتمناها» جواباً لـ«أقل» جواب الشرط في الظاهر أن قوله: «أتمناها» صفة لا جواب شرط، كذا قيل، والأوجه أن يكون «وجب» جواباً لقوله: «أو أكثر»، ويكون «أتمناها» جواباً لـ«أقل»، يعرف منه أن بدخوله وجب الأقل أيضاً¹.

(فإن طلق قبل الدخول ينصف) المهر المسمى؛ لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البقرة، 237/2]، **(إلا أن تعفو هي)** أي: الزوجة المطلقة قبل الدخول، (فتترك) طلب نصف المهر. وفي «الجامع»: لو تزوجها على ثوب قيمته عشرة، فقبضته وقيمته عشرون، وطلقها قبل الدخول والثوب هالك؛ ردت عشرة؛ لأنه إنما دخل في ضمانها بالقبض، فيعتبر قيمته يوم القبض.

(ولم يجزيه للأب) أي: لم يجز لأب المطلقة عندنا أن يعفو ذلك النصف. وقال مالك: جاز له العفو. وهذا بناء على الاختلاف في تفسير قوله تعالى: ﴿فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ﴾ [البقرة، 237/2]، ﴿إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ﴾ [البقرة، 237/2] أي: المطلقات، والمراد من قوله: ﴿الَّذِي بِيَدِهِ﴾ [البقرة، 237/2] هو الأب عند مالك؛ لأنه هو العاقد والولي، فجاز له العفو، وعندنا: المراد به الزوج، ومن العفو الفضل، هكذا فسره المفيدون، فمعنى قوله تعالى: ﴿أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ﴾ [البقرة، 237/2]: إلا أن يفضل الزوج ويعطي كل المهر إحصاناً إليها.

(أو يعفو الزوج، فيكمل) هذا معطوف على قوله: «أن يعفو هي»، وما قاله مالك ضعيف؛ لأن المهر خالص حقيها، فلا يملك الأب أن يسقطه بتزويجها به كما لم يملك في سائر ديونها.

(ولا متعة لها) أي: للمطلقة قبل الدخول؛ لأن المصريح بالنص أن حقيها نصف المسمى.

(وإن لم يسم) في العقد مهراً (أو شرط أن لا مهر؛ نوجب مهر المثل بالعقد) إن دخل بها أو مات. (لا بالدخول).

وفي «الحقائق»: صورته: أن قالت البالغة للولي: زوجني بغير مهر، فزوجها، ونفى المهر أو سكت عن ذكره، أو زوج السيد أمته، ونفى أو سكت، ولا يتصور ذلك في صبية ولا مجنونة؛ إذ ليس لأحد إسقاط مهرهن.

وقال² الشافعي: إن دخل بها يجب مهر المثل، وإن مات لا يجب شيء؛ لأن المهر خالص حقيها، فتملك نفيه ابتداءً كما تملك إسقاطه انتهاءً.

ولنا: ما روي أنه صلى الله عليه وسلم قضى في بروع بنت واشق مهر المثل³، وقد كانت تزوجت بلا مهر، ومات عنها زوجها، والمهر ليس خالص حقيها، بل حقي الشرع ابتداءً وحقيها بقاءً، فلا تملك⁴ نفيه ابتداءً؛ لأنه تصرف في حقي الشرع.

وفي «المحيط»: لو زوج أمته من عبده بغير مهر جاز، ولا مهر لها عليه؛ لأنه لو وجب؛ لوجب للمولى، والمولى لا يستوجب على عبده ديناً. وقيل: يجب حقاً، ثم يسقط لتعدُّر إيفائه على العبد حقاً للمولى.

(وإن طلقها) أي: المرأة التي لم يسم لها مهراً (قبله) أي: قبل الدخول (أوجبوا المتعة) وقال مالك: هي غير واجبة، بل مستحبة.

قيد بقوله: «قبل الدخول»؛ لأنه إذا طلقها بعده؛ فالمتعة مستحبة اتفاقاً.

له: قوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ [البقرة، 241/2]، والمحسن اسم للمتطوع.

ولنا: قوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ﴾ [البقرة، 236/2]، والأمر للوجوب، والإحسان في الآية مفسر بالإيمان.

(فيجب دين) يستر البدن، (وخمار) يستر الرأس، (وملحفة) للخروج إن احتاجت إليه، يعني: المتعة عبارة عن هذه الأشياء،

وهذا التقدير مأثور عن ابن عباس. (باعتبار حاله) وهو مختار صاحب «الهداية»؛ لقوله تعالى: ﴿عَلَى الْمَوْسِعِ قَدْرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدْرُهُ﴾ [البقرة، 236/2]. وقيل: يُعتبر حالهما، وهذا أشبه بالفقه، وفي الآية قوله تعالى: ﴿بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة، 236/2] مشير إليه؛ لأن

المتعة لو اعتبرت بحاله وحده؛ لاستوت المتعة بين الشريفة والوضيعة، وذلك غير معروف بين الناس، بل منكر.

¹ ح - جواب الشرط.

² ح: قال.

³ سنن أبي داود، النكاح 30-31؛ سنن الترمذي، النكاح 43؛ سنن ابن ماجه، النكاح 18.

⁴ د: تمكن.

(ولا تزداد¹) المتعة (على نصف مهر المثل) إن كانت المتعة أكثر منه؛ لأنَّ المسَمَّى أقوى من مهر المثل، والشرع لم يزد للمطلقة قبل الدخول على نصف المسَمَّى، فلا يزد على نصف مهر المثل.

(ولو فرضه) أي: لو سمي مهرًا ورضيت به² (بعد العقد) الذي لم يسم لها مهر فيه؛ فالمسَمَّى لها إن دخل بها أو مات عنها، وإن طلقها قبل الدخول (نوجبها) أي: المتعة. (لا نصفه) أي: قال الشافعي: لها نصف المفروض. (ويحكم به) أي: أبو يوسف بنصف المفروض (في قول، وبها في آخر) أي: بالمتعة في قول آخر، ولو ترك قوله: «في قول»؛ لكان أخصر؛ لكونه معلومًا من قوله: «ونوجبها».

لهما: إطلاق قوله تعالى: ﴿فَنَصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البقرة، 237/2]، والمفروض بعد العقد كالمفروض فيه، فيتنصّف. ولنا: إنَّ النكاح انعقد موجبًا لمهر المثل، وما سُمِّيَا بعده يكون تعيينًا له، بدليل أنّه لو دخل بها يجب المفروض دون مهر المثل، ولو لم يكن تعيينًا له؛ لوجب مهر المثل مع المفروض، كما لو زاد على المهر يجب المهر مع الزائد، ومهر المثل لا يتنصّف لعدم تعيينه، فكذا ما وقع تعيينًا له، والمفروض المطلق في الآية منصرفٌ إلى المعتاد، وهو المسَمَّى في العقد. (وإن زادها) أي: على المسماة للمرأة مهرًا (بعد العقد؛ لزمته) أي: وجبت الزيادة على الزوج، (أو حطت هي) عن المهر المسَمَّى (صح) لأنَّ الحط لقي حَقَّها.

وفي «المحيط»: هذا إذا لم يكن الزيادة في ضمن العقد، فإن كان كما إذا تزوّجها على ألفين بعدما تزوّجها على ألف؛ لم تصحّ³ الزيادة عند أبي حنيفة ومحمد؛ لأنَّ العقد الثاني لمّا لم يثبت؛ لم يثبت ما في ضمنه، وهو الزيادة. وعند أبي يوسف: يصحّ؛ لأنَّهما قصدا شيئين: تجديد النكاح، وزيادة المهر، فبطل التجديد؛ لأنَّ النكاح الأوّل لا يفسخ بالثاني، فيثبت الزيادة حملًا على الصحّة. كذا ذكره الإمام⁴ أبو بكر البخاري المعروف بخواهر زاده في «شرح المبسوط».

(ونصف) أي: محمدٌ مع الأصل (الزيادة المتصلة) الحادثة في يدها، كالسمن والجمال (بعد قبض المسَمَّى. وأسقطاها) يعني: قالوا: لا ينصّف الزيادة، وعليها نصف قيمة الأصل يوم قبضت.

أقول: لو أسقط قوله: «وأسقطاها»؛ لكان أنجز لوعده؛ لأنَّه في طرف النفي من قوله: «نصف». وفي «المنتقى»: لو تزوّجها على نخلٍ صغارٍ، فطالت⁵ في يدها؛ فتنصّف الزائد يكون على هذا الخلاف. ولو تزوّجها على زرعٍ، فأدرك في يدها، فطلقها قبل الدخول؛ فلا سبيل للزّوج على الزّرع اتِّفاقًا؛ لأنَّه قد خرج من الحالة التي تزوّجها عليها، وتبدّل عما كان.

ويقد بالمتصلة؛ لأنَّ الزيادة لو كانت منفصلة كالولد والتمر لا تنصّف⁶ اتِّفاقًا، وإذا لم ينصّف الزيادة لكونها غير ثابتة في العقد لا ينصّف الأصل، فعليها ردُّ نصف قيمة الأصل يوم قبضت.

ويقد بقبض المسَمَّى؛ لأنَّه لو كان زائدًا في يد الزوج، ينصّف⁷ بالطلاق قبل الدخول اتِّفاقًا، سواء كانت الزيادة متصلة أو منفصلة.

له: إنَّ تنصّف الأصل واجبٌ، والزيادة لمّا امتنع انفكاكها عنه تنصّف تبعًا له، بخلاف الولد؛ لأنَّه صار أصلًا بنفسه، فلا يكون تبعًا للأصل.

ولهما: إنَّ تنصيف الزيادة غير ممكن؛ لأنَّها غير ثابتة في العقد، وتنصيف الأصل بدونه غير ممكن أيضًا، فتردُّ المرأة نصف⁸ قيمة الأصل يوم قبضته.

1 ح - يزد.

2 ح - به.

3 ح: يصح.

4 ح: إمام.

5 ح: وطالت.

6 ح: ينصف.

7 ح: فينصف.

8 خ - نصف.

(ولو أمهرها عبداً، فقبضته، ثمَّ طَلَّقَهَا) قبل الدخول، (فأعتقه) أي: الزوجُ العبدَ (قبل ردِّ النِّصْف) أي: قبل أن تردَّ¹ المطلقةُ نصفَ المهر على الزوج، (بحكمٍ أو تراضٍ) أي: بحكم القاضي بالردِّ أو بتراضيهما (الغيناها) أي: لا ينفذُ إعتاقه عندنا، (أو هي) أي: لو أعتقته قبل أن تردَّ² النصف على الزوج بالحكم أو بالتراضي (أنفذناه في كلِّه) أي: ينفذُ إعتاقها في كلِّ العبد عندنا، (لا في نصفه بإعتاقِ كلِّ منهما) أي: قال زفر: ينفذُ إعتاقه وإعتاقها في نصف العبد إذا خرج الكلامان معاً. قيَّد بقبضها؛ لأنَّها إذا لم تقبضه والمسألة بحالها؛ يكون قولنا كقوله.

له: إنَّ نصفَ العبد على ملك الزوج بمجرد الطلاق قبل الدخول؛ لأنَّه منصفٌ للمهر، فينفذُ إعتاق كلِّ منهما في نصفه كالعبد المشترك.

ولنا: إنَّ العبد بعد أن قبضته الزوجة كان مملوكاً لها من كلِّ وجه، وبالطلاق قبل الدخول يجب نقضه في نصف العبد، لكنَّه³ لا ينتقض إلا بالقبض أو بالتراضي، كما أنَّ ملك الموهوب له لا ينتقض برجوع الواهب إلا بأحدهما، فلا ينفذُ إعتاق الزوج لمصادفته ملك الغير، فينفذُ إعتاقها لمصادفته ملكها، فيجب عليها نصف قيمته.

(ولو رهن عندها) أي: الزوج عند الزوجة (ما يساوي) قيمته (المهر، ثمَّ طَلَّقَهَا قبل الدخول، فهلك) المرهونُ (جعلناه بنصفه) يعني: عندنا صار هالِكاً بنصف المهر الذي هو حقُّها، فلا تغرمُ⁴ المرأةُ نصفَ المهر. (لا كلِّه) أي: عند زفر: صار هالِكاً بكلِّ المهر؛ لأنَّها بهلاك الرهن صارت مستوفيةً مهرها حكماً، فيجب عليها ردُّ نصفه كما لو كانت مستوفيةً حقيقةً. ولنا: إنَّ نصفَ المهر سقط عنه بطلاقه قبل الدخول، فبقي جميعُ الرهن رهناً بنصف المهر، فإذا هلك هلك نصفه مضموناً ونصفه أمانةً.

(ولو رهن بمهر المثل) شيئاً، فقبضته، (ثمَّ طَلَّقَهَا قبله) أي: قبل الدخول، (يبطله) أي: أبو يوسف الرهن، فلا يجعله في مقابلة شيء، حتى لو هلك لا يهلك بالمتعة، بل يهلك أمانةً، وترجعُ هي على الزوج بالمتعة. (وجعلناه رهناً بالمتعة) فلها حبسه لاستيفاء المتعة، ولو هلك يهلك مضموناً بالمتعة. ولو كانت قيمته أقلَّ من قيمة المتعة؛ ترجعُ إلى تمام قيمة المتعة. قيَّد بمهر المثل؛ لأنَّ الرهن لو كان بالمسعى، وطلَّقها قبل الدخول؛ يكون رهناً بنصفه اتِّفاقاً. له: إنَّ الدين الذي وضع الرهن به. وهو مهر المثل. سقط بالطلاق قبل الدخول، فيبطلُ الرهن، والمتعة دينٌ حادثٌ، فلا يكون الرهن مشغولاً به.

ولهما: إنَّ المتعة خلفت عن مهر المثل، فيكون الرهن به رهناً بخلفه، كالرهن بالمسلم فيه يكون برأس مال المسلم لو انفسخ السلم.

(ولو أمهرها ألفاً، فقبضته، ثمَّ وهبته النصف) أي: نصف الألف، (ثمَّ طَلَّقَهَا قبله) أي: قبل الدخول، (يرجع بنصف الألف) اتِّفاقاً؛ لأنَّه يجب عليها أن تردَّ نصفَ المهر بالطلاق قبل الدخول، ولم يصل إليه بالهبة عينٌ ما يستحقُّه؛ لأنَّ الدراهم لا يتعيَّن في العقود، فصار كهية مالٍ آخر.

(ولو أمهرها ألفاً، وسلم إليها نصفه، ثمَّ وهبت منه) أي: من الزوج (النصف الباقي في ذمته، ثمَّ طَلَّقَهَا قبله) أي: قبل الدخول؛ (فرجوعه) أي: رجوع الزوج عليها (بنصف ما قبضت باطل) عند أبي حنيفة، أي: لا يرجع بشيء. وقالوا: يرجعُ عليها بنصف ما قبضت، وهو ربع الصداق. ولو كان ما قبضته في هذه المسألة أكثرَ من النصف كستمائة مثلاً؛ فعنده يرجعُ عليها بمائة؛ لبيصر ما وهب له نصفاً، وعندهما: يرجعُ بثلاثمائة. كذا في «المصنف».

لهما: إنَّ هبة النصف الباقي حطٌّ، فيلحقُ بأصل العقد كما في البيع، فصار العقد كأنَّه ورد على خمسمائة، فيتصنَّف بالطلاق قبل الدخول.

¹ د: يرد.

² د: يرد.

³ ح: لكن.

⁴ د: يغم.

وله: إنَّ الحطَّ في النِّكاح لا يلتحق بأصل العقد كما لم يلتحق زيادته، ولهذا لا يتصنَّف الزائد بالطلاق قبل الدخول، فإذا لم يلتحق؛ فحطُّه - وهو نصفُ جميع المهر - وصل إليه، فلا يرجع، بخلاف البيع؛ لأنَّ الحطَّ والزيادة يلحقان بأصل العقد لإمكان الإقالة فيه، فكأنَّهما فسحا العقد الأول، وجدَّدا العقد الثاني، وأما النِّكاح؛ فلا يقبل الفسخ بالإقالة، فلا يلتحقان فيه بأصل العقد.

(ولو كان) الألفُ المهر (دينًا) على الزوج، (فوهبته قبل القبض، أو عينًا) أي: لو كان المهرُ عرضًا معينًا كان أو ثابتًا في الذمَّة، (فوهبته منه) أي: ذلك العرض من الزوج (مطلقًا) أي: قبل القبض أو بعده، ثمَّ طلقها قبل الدخول، (منعناه من الرجوع بالنصف) عليها. وقال زفر: وهو القياس يرجع عليها بمثل نصف الألف وينصف قيمة ذلك العرض؛ لأنَّ حقَّ الزوج أن يسلم له نصفُ المهر بالطلاق قبل الدخول، وههنا سلِّم له بالإبراء والهبة، واختلاف السبب بمنزلة اختلاف العين، ولهذا لو قال لرجلي: وهبت لي جاريتك، فقال المولى: لا، بل زوجتكها؛ لا يحلُّ له وطئها، وإن اتَّفقا على حلِّه.

ولنا: إنَّ حقَّ الزوج في الطلاق قبل الدخول أن يحصل له نصفُ المهر من جهتها بلا عوضٍ، وقد وجد، فلا يبالي باختلاف السبب عند حصول المقصود، كما إذا باع بيعًا فاسدًا، وقبض المشتري المبيع، ثمَّ وهبه للبائع؛ لا يضمن لحصول المقصود، ولا يبالي باختلاف السبب، إنَّما لم يثبت الحلُّ في الجارية؛ لأنَّ كلاً منهما لم يثبت ما ادَّعاه، وأنكر مدَّعي الآخر.

أقول: ذكر في «المختلف» و«الهداية»: كذا الخلاف لو وهبت منه المهر بعد القبض، فعلى هذا وقع قوله: «قبل القبض» اتِّفاقًا لا قيدًا مفيدًا. وذكر في «الجامع البرهاني»: إن وهبت قبل القبض لا يرجع عليها بلا خلافٍ، وبعد القبض فيه خلافٌ زفر، فعلى هذا وقع قوله: «قبل القبض» مستدرِّكًا.

(ولو سَمِيَ خمرًا أو خنزيرًا) يجعله مهرًا (صحَّ النِّكاح) لأنَّ اشتراطَ قبولهما في العقد شرطٌ، والنِّكاح لا يبطل بالشرط الفاسد، (ووجب مهر المثل) لأنَّ العقد لا يجوز إخلاؤه عن المال، والمسَمَّى ليس بمالٍ في حقِّ المسلم.

هذا إذا لم يكن قيمة طرف الخمر عشرة دراهم، ففي روايةٍ عن محمدٍ: يجب لها الدُّن لا غير، فصار كما لو جمع بين الخليل والخمر، وفي روايةٍ أخرى: لها مهر المثل؛ لأنَّ المقصود بالعقد هو المظروف، فإذا ألغى التسمية فيه لغا في طرفه. كذا في «المحيط».

(أو هذا العبد أو الخلل، فكان خُرًا أو خمرًا) يعني: لو تزوّج على هذا العبد، فكان خُرًا، أو على هذا الخلل، وكان خمرًا، (فلهما مهر المثل) عند أبي حنيفة. (ويحكم) أبو يوسف على الزوج (بقيمة الخُر لو كان عبدًا، ومثل الخمر) أي: بوجود مثل الخمر وزنًا (خلًا. ووافق الأول في الأولى) أي: وافق محمدٌ أبا حنيفة في مسألة العبد، وأوجب مهر المثل، (والثاني في الثانية) أي: وافق أبا يوسف في مسألة الخلل، وأوجب مثل الخمر خلًا.

اعلم أنَّ مبنى هذه المسائل: أنَّ الإشارة والتَّميَّة إذا اجتمعتا والمشار إليه من جنس المسَمَّى؛ لا يُعتبر مخالفة الوصف؛ لأنَّه تابع للذات، وإن كان من خلاف جنسه؛ فالعبرة للتسمية؛ لأنَّها تعرِّف الماهية، والإشارة تعرِّف الصورة، وهذا الأصل متَّفَقٌ عليه، لكنَّ الخلاف في التَّخريج، فعند أبي حنيفة: الحرُّ والعبدُ جنسٌ واحدٌ، وكذا الخللُ والخمرُ، فيُعتبر الإشارة فيهما، وعند أبي يوسف: الحرُّ والعبدُ جنسان مختلفان، وكذا الخمرُ والخلُّ، فيُعتبر المسَمَّى، وعند محمدٍ: العبدُ مع الحرِّ جنسٌ واحدٌ لقلَّة التَّفاوت في المنافع، والخمرُ مع الخللِ جنسان لفرح التَّفاوت.

(أو على هذين العبدين) يعني: لو قال: تزوّجت على هذين العبدين، (وكان¹ أحدهما خُرًا، فالعبد هو المهر) عند أبي حنيفة، وليس لها غيرُ (إن ساوى عشرة دراهم) وإن نقص قيمته عنها؛ فلها تمام العشرة؛ لأنَّ الإشارة معتبرة عنده، فكأنَّه قال: تزوّجتك على هذا الحرِّ وعلى هذا العبد، ولا يُصار إلى مهر المثل؛ لأنَّه لا يجتمع مع المسَمَّى. (ويوجب معه) أي: أبو يوسف مع العبد (قيمة الحرِّ) لو كان (عبدًا) لأنَّ تسمية العبدين معتبرة عنده على موجب أصله، لكنَّه عجز عن تسليم أحدهما، فتجب قيمته. (وحكم بالعبد) أي: قال محمدٌ: يجب العبدُ إن ساوى مهر المثل، (فإن نقص عن مهر المثل تيمم) أي: أعطى محمدٌ رحمه الله لها العبد، وزاد² عليه إلى أن يتمَّ مهر مثلها؛ لأنَّهما لو كانا خُرَّين وجب تمام مهر المثل، فإذا وُجد أحدهما خُرًا؛ يكمل مهر المثل نظرًا لها؛ لأنَّها ما رضيت بدون مهر المثل إلا بسلامة العبدين لها.

¹ د: فكان.

² د: ويزاد.

(أو على هذا الخمر أو الميتة، فكان¹ خلًا أو ذكيّة) يعني: لو تزوّج امرأة على هذا الدنّ من الخمر، وكان خلًا، أو تزوّج على هذه الميتة، وكانت مدكّاة، (فلها مهر المثل في رواية) أي: في رواية محمد عن أبي حنيفة؛ لأنّ تسميته ما ليس بمالٍ كسكوته عن تسمية المهر، فيجب مهر المثل. (والمشار إليه) أي: لها الخلّ والذكيّة (في الأصح) أي: في أصحّ الروايتين عن أبي حنيفة، وهو رواية أبي يوسف عنه، إنّما صار هذه الرواية أصحّ؛ لأنّها هي الموافقة لما مرّ من أصله من أنّ الإشارة معتبرة عنده إذا خالف المشار إليه المسّى. (كما يفتى به) أي: يختار أبو يوسف هذا القول، إنّما اختاره وترك ما مرّ من أصله من أنّ التسمية معتبرة عنده؛ لأنّ التسمية في هذه المسألة وقعت فاسدة، فكيف تترجّح² على المشار إليه الصحيح؟ (وأفتى) محمدًا (بالمذكاة) لأنّه اعتبر فيها الإشارة؛ لكون الميتة من جنس المذكاة؛ إذ التفاوت بينهما ليس إلا في الحلّ والحرمة، (ومهر المثل في الخمر) لأنّه اعتبر فيها التسمية؛ لأنّ الخلّ والخمر جنسان؛ إذ التفاوت بينهما فاحشٌ.

(أو على هذه الثياب العشرة، وكانت³ تسعة؛ فهي المهر) أي: الثياب التسعة مهر لها⁴ عند أبي حنيفة، ولا شيء لها غيرها لما مرّ من أصله من أنّ الإشارة معتبرة عند اجتماعها بالتسمية. (وحكم بها) أي: محمدًا بالثياب⁵ التسعة إن زادت قيمتها على مهر المثل أو سواته. (فإن نقصت عن مهر المثل تمّم) محمدًا مهر المثل؛ لأنّها إنّما رضيت بالمسّى لا بأقلّ منه، فيجب مهر المثل نظرًا لها، لكن التسعة المشار إليها يكون لها لتراضيها عليها، فيزاد على قيمتها إلى تمام مهر المثل.

وفي «المحيط»: هذا إذا لم يصف الثياب، ولو وصفها بأن قال: تزوّجتك على هذه الثياب العشرة الهرويّة، فإذا هي تسعة؛ فلها تسعة وثوب آخر هرويّ وسط اتّفاقًا. والفرق: أنّ الثياب إذا أطلقت لا تجب مهرًا إذا لم تكن مشارًا إليها، والثوب العاشر لم يكن مشارًا إليه، فلم تجب، وأمّا إذا وصفها؛ فالثوب الموصوف يصلح أن يكون مهرًا وإن لم يشتر إليه.

(أو على ثوب موصوف في الذمّة، فأتى بقيمته؛ أجبرناها على القبول) وقال زفر: لا تجبر.

قيّد بالثوب؛ لأنّه لو تزوّجها على مثليّ وبين وصفه، فأتى بقيمته؛ لا تُجبر على قبولها اتّفاقًا.

وقيّد بكونه موصوفًا؛ لأنّه لو تزوّجها على ثوبٍ مطلقٍ؛ فلها مهر المثل اتّفاقًا.

وقيّد بكونه في الذمّة؛ لأنّه لو تزوّجها على ثوبٍ بعينه، ثمّ أتى بالقيمة، فإنّها لا تجبر⁶ اتّفاقًا.

وقيّد بإتيان القيمة؛ لأنّه لو أتى بالثوب الموصوف؛ أجبرت على قبوله اتّفاقًا.

له: إنّ الثوب بالمبالغة في توصيفه يلتحق بذوات الأمثال، ويثبت في الذمّة صحيحًا، ولهذا جاز السلم فيه، فإذا صحّ ثبوته لا تجبر على قبول قيمته.

ولنا: إنّ الثوب إذا لم يكن متعينًا؛ فهو بقيمته في المالية سواء؛ لأنّه إنّما يعرف بقيمته، والقيمة تصير⁷ أصلًا فيه من وجه، فأيهما أتى به تجبر الزوجة على القبول.

وفي «المحيط»: هذا إذا ذكر الثوب الموصوف في الذمّة مطلقًا، فأما إذا ذكره مضافًا إلى نفسه بأن قال: تزوّجتك على ثوبي كذا؛ ليس له أن يعطي القيمة؛ لأنّ الإضافة كالإشارة.

(ويحكم به) أي: أبو يوسف بالثوب الموصوف (إن أجل) أي: إن ذكر أجلًا؛ لأنّ الثوب الموصوف إنّما يكون دينًا إذا كان مؤجّلًا، ولهذا لم يجز استقرضه؛ لأنّ القرض إنّما يصحّ حالًا، وجاز السلم فيه؛ لكونه مؤجّلًا. وإن لم يذكر الأجل؛ أجبرت على قبول القيمة؛ لأنّ ثبوت الثوب في الذمّة بدون الأجل لا يكون صحيحًا.

(وعدم الإجمار) على قبول قيمته (مرويّ) عن أبي حنيفة، (وهو الأصح) لأنّ ثبوته في الذمّة صحيح؛ لما سبق، وقيّمته خلف عنه، فمع القدرة على الأصل لا يصار إلى الخلف.

(أو على عبدٍ أو فرسٍ مبهم) أي: غير معلوم وصفه (نوجب الوسط أو قيمته) وكذا لو تزوّج على كز حنطةٍ مطلقة، ولم يصفها.

1 ح: وكان.

2 ح: يترجح.

3 د: فكانت.

4 ح: مهرها.

5 ح: بثياب.

6 د: تخير.

7 ح: يصير.

اعلم أنه ذكر في «المنظومة» مسألة في هذا الموضوع، وهي أنه إذا تزوّجها على خادمٍ؛ صحّت التسمية عندنا، وله الخيار إن شاء أعطى خادماً وسطاً أو قيمته، فإن اختار القيمة؛ يؤدّي خمسين ديناراً إن ذكر الأبييض أو لم يذكر. كذا في «المبسوط» البكري، وإن ذكر الأسود؛ يؤدّي أربعين ديناراً عند أبي حنيفة، وعندهما: الغلاء والرخص معتبر في كل بلد.

إنما لم يذكرها المصنّف في المتن؛ لأنّ ذلك الاختلاف ليس في الحكم، بل بحسب الزمان. وفي «المحيط»: الصحيح قولهما. وفي «الحقائق»: هذا إذا ذكر العبد مطلقاً، أمّا إذا ذكره مضافاً إلى نفسه بأن قال: تزوّجتك¹ على عبيدي؛ ليس له أن يعطي القيمة اتفاقاً.

(أو مهر المثل) أي: قال الشافعي: لا يصحّ تسميته؛ لأنّ المسمى مجهول، كما لا يصحّ في البيع، فيجب مهر المثل. ولنا: إنّ جنسه معلوم، ووصفه مجهول، وجهالة الوصف لا يمنع صحّة التسمية في النكاح؛ لأنّ المهر فيه مقابل بما ليس بمال، فلا يكون عوضاً من حيث المالية، بل يكون صلةً مبتدأة، فلا تجري فيه المنازعة عادة، بل تجري فيه المساهلة والمسامحة، بخلاف البيع، فإنّ المالية فيه مقصودة، وإنّها تختلف² باختلاف الوصف، فجهالته توقع في المنازعة.

(أو على ثوب) يعني: لو تزوّج على ثوب، ولم يبيّن جنسه بأنه هروي، أو مروئي، أو على دابةٍ (وجب مهر المثل) لأنّ المسمى مجهول الجنس؛ إذ الثياب أجناس؛ لاختلاف أصولها من القطن والكتان والإبريسم، وكذا الدابة يقع على الخيل والبغل³ والحمار، وكلّ جنس يشتمل على أنواع، وكلّ نوع على أوصاف.

وفي «المحيط»: لو تزوّج على بيت، ينظر إن كان الرجل بدويّاً؛ فلها بيت من شعر؛ لأنّه معلوم عندهم، وإن كان بلديّاً؛ فلها مهر المثل؛ لأنّ البيت ما لم يتعيّن لا يصلح أن يكون مهراً.

(أو على عبد) معيّن، (فاكتسب أكساباً قبل القبض، فطلقها قبل الدخول؛ فالأكساب لها) عند أبي حنيفة رحمه الله، وترد⁴ نصف العبد إلى الزوج. (ونصفها مع العبد). قيّد بالكسب؛ لأنّ الزيادة المتصلة كالسمن والجمال ينصف اتفاقاً، وكذا ما تولّد⁵ من عينه كالولد والأرض والعقر إن كان المهر أمةً.

وقيّد بقوله: «قبل القبض»؛ لأنّ أكسابه بعد قبضها يكون لها اتفاقاً.

لهما: إنّ الأكساب تبع للعبد، فينصف معه كالولد والعقر والأرض؛ لتلا يخالف التبّع المتبوع.

وله: إنّ المنصف بالنصّ ما هو مفروض عند العقد، والأكساب ليست بمهر، بل حدثت على ملك المرأة، فلا ينصف كأكساب المهر بعد القبض، بخلاف الولد؛ لأنّه من أجزائه، وبخلاف العقر والأرض؛ لأنّهما بدلان عن أجزاء العين المعقود عليها.

اعلم أنّ الخلاف ليس إلا في الأكساب، وتنصف⁶ العبد اتفاقاً⁷، فقوله: «مع العبد» مستدرك؛ لأنّ ذكره في طرف الإمامين يوهّم أن لا يكون منصفاً عنده، وليس كذلك.

(أو على دار) أي: لو تزوّج على دارٍ (على أن تدفع إليه) أي: المرأة إلى الزوج (ألفاً) يقسم الدار على مهر مثلها وعلى الألف متساوية إن كانا متساويين، وأثلاثاً إن كان مهر مثلها ثلث الألف، (فما أصاب منها) أي: من الدار (مهر المثل؛ كان مهراً، والألف) أي: وما أصاب الألف (كان مبيعاً) وفي «أجناس الناطفي»: لو وهبت مطلقاً رجلٍ مهرها له على أن يتزوّجها؛ لا يسقط المهر عنه، تزوّجها أو لم يتزوّج؛ لأنّ جعل العوض في النكاح عليها لا يجوز، فإن تزوّجها؛ فالتكاح جائز، ولها مهر المثل. ولو تزوّجها على⁸ أن تدفع⁹ إليه عبداً معيناً يفسد البيع؛ لأنّها جعلت ثمن العبد ما أصاب قيمته من مهر مثلها، وهي مجهولة.

1 ح: زوجتك.

2 د: يختلف.

3 د: والبغال.

4 د: ويرد.

5 د: يولد.

6 ح: وينصف.

7 ح: اتفاقاً.

8 ح + دار على.

9 د: تباع.

(والشُّفْعَةُ لا يَثْبُتُ فِيهَا) أي: في الدار عند أبي حنيفة. وقالوا: الشُّفْعَةُ ثابتةٌ في الحَصَّةِ المبيعة كما لو كانت كلها مبيعةً. وله: إنَّ التَّكَاحَ أصلٌ ههنا، والبيعُ حصل في ضمنه، فكان¹ تبعًا له، وأخذ حكمه في عدم ثبوت الشُّفْعَةِ، وإنَّما جُعِلَ التَّكَاحُ أصلًا؛ لأنَّ البيعَ لو جُعِلَ أصلًا والتَّكَاحُ تبعًا له؛ لفسد البيعُ؛ لكونه مشروطًا بالتَّكَاحِ، وأمَّا شرطُ البيعِ في التَّكَاحِ؛ فغيرُ مفسدٍ له؛ لأنَّه مما لا يفسد بالشروط الفاسدة. وهذه المسألة مرَّت في كتاب الشُّفْعَةِ.

(أو على ألفٍ إن أقامَ بها) أي: بزوجه² في بلدةٍ معينةٍ، (وألفين إن أخرجها) من تلك البلدة، (فالأوَّل) أي: الشرطُ المقدمُ سواءً كان ألفًا أو ألفين (هو الصحيح) عند أبي حنيفة، حتى إذا طَلَّقها قبل الدُّخول؛ فلها نصفُ الشرطِ المقدمِ، وإن دخل بها، فإن وُفِّي بالشرط؛ فلها المذكورُ أوَّلًا، وإن لم يفِ؛ فلها مهرٌ مثلها، لكنَّه لا ينقص³ عن ألف درهم؛ لأنَّ الزوجَ رَضِيَ به، ولا يزداد على ألفين؛ لأنَّها رضيةٌ به. (وأجازهما) أي: الشرطين؛ لأنَّهما عقدان ببدلين معلومين، فوجب تصحيحهما على وجه التَّخيير، كما صحَّ فيما إذا تزوّجها على ألفٍ إن كانت قبيحةً، وعلى ألفين إن كانت جميلةً.

وله: إنَّ التَّسْمِيَةَ في الأوَّلِ صحيحةٌ لعدم المزاحم، وفي الثاني فاسدةٌ؛ لأنَّ الشرطَ الأوَّلَ يراحمُه عند وجود الثاني؛ لعدم صحَّة التسمية فيه، مع أنَّ المخاطرةَ متحقِّقةً في التَّسْمِيَةِ الثَّانِيَةِ؛ لأنَّ الرَّوْجَ لا يعرف أنَّه يخرجها أو لا، ولا مخاطرةً في المسألة المستشهدة؛ لأنَّ المرأةَ على صفةٍ واحدةٍ جميلةٍ أو قبيحةٍ، لكن الزوج لا يعرف ذلك.

وهكذا ذكر الفرق بين المسألتين في «الغاية» و«الكافي»، لكنه في الجواب لا يكفي؛ لورود السؤال عليه فيما إذا تزوّجها على ألفٍ إن لم يكن له امرأةٌ، وألفين إن كانت، فعند أبي حنيفة: لم تجز التَّسْمِيَةُ الثَّانِيَةُ مع أن لا مخاطرةً فيها، ولكن جُهِلَ الحالُّ للزوج.

(أو على أقلِّ من مهر المثل) يعني: لو تزوّجها على ألفٍ ومهرٌ مثلها ألفان (على أن يطلقَ ضرَّتَها) أي: امرأته الأخرى، (فإن وُفِّي) أي: إن وُفِّي بالشرط، فلها المسمى، (وإلا) أي: إن مضت أيامٌ ولم يطلِّقها؛ (أمرنا⁴ بتكميله) أي: بأن يكتل الزوج لها مهرٌ مثلها. وقال زفر: لا شيء لها غير المسمى.

قيد بطلاق ضرَّتَها؛ لأنَّه لو تزوّجها على ألفٍ على أن يكرمها، أو يهدي لها هديةً، فإن لم يفِ بالشرط؛ فلها مهرٌ مثلها اتِّفَاقًا. وفي «الحقائق»: صورةُ المسألة: أن يشترطَ مع المسمى تطلقَ الضرة ليتصوَّر الخلفُ، أمَّا لو تزوّجها على ألفٍ وعلى طلاقِ فلانةٍ؛ وقع الطلاقُ على الضرة بنفس العقد، والفرق: أنَّه أوجب الطلاقَ ههنا عوضًا بالعقد، والعوضُ يثبت بنفس العقد، وهناك بشرط التَّطْلِيقِ.

له: إنَّ طلاقَ الضرة شرطٌ فاسدٌ، فذكره وعدمه سواءً.

ولنا: إنَّها إنَّما رضيةٌ بما دون مهر المثل إذا خلص الفراش لها، وهو وصفٌ مرغوبٌ فيه عندها، فإذا لم يحصل؛ فات رضاها به، فيكمل مهرٌ مثلها.

(أو على ألفٍ، أو ألفين، أو على هذا العبد) أي: لو تزوّجها على هذا العبد، (أو ذاك العبد) وقيمتها متفاوتةٌ، (فالمهرُ) الواجبُ من المسمين عند أبي حنيفة (ما شابه مهر المثل) حتى إن كان مهرٌ مثلها مثل الألف أو أقلَّ منه؛ فلها الألفُ لرضاه به، وإن كان مثل الألفين أو أكثر؛ فلها الألفان لرضاها بهما، وإن كان بينهما؛ فلها مهرٌ مثلها، وإن كان مهرٌ المثل مساويًا بقيمة أحد العبدين؛ يجب هذا العبدُ. (وقالوا: هو الأقلُّ) يعني: الواجبُ من المسمين ما هو أقلُّ.

وفي «الكافي»: هذا إذا كان الألفُ أو الألفان نقدين؛ لأنَّه لو كان الألفُ نقدًا والألفان نسيئةً؛ يفيد التَّخْيِيرُ، فيصحُّ أيُّهما اختارت اتِّفَاقًا.

لهما: إنَّ الأقلَّ متيقَّنٌ، فيجب، كما لو خالعهما على ألفٍ أو ألفين.

وله: إنَّ «أو» لأحد الشئيين، فلم يمتنع إيجابهما ولا إيجاب أحدهما من غير عينٍ؛ لأنَّ تسليمه غير ممكن، ولا إيجاب أحدهما بتعيينٍ؛ لأنَّه ترجيحٌ بلا مرجحٍ، ففسد التَّسْمِيَةُ، فيجب مهرٌ المثل؛ لأنَّه موجبٌ أصليٌّ، بخلاف صورة الخلع؛ لأنَّه ليس فيها موجبٌ أصليٌّ.

1 ح: وكان.

2 د: تزوجه.

3 د: ينقص.

4 د: أمرنا.

وإن طَلَّقَهَا قبل الدخول؛ فلها نصف الأوكس اتِّفَاقًا. وفي «الخانية»: إلا أن يكون نصف الأوكس أقلَّ من المتعة، فحينئذٍ يكون لها المتعة.

(أو على تعليم القرآن أو خدمتها سنة) يعني: لو تزوجها على أن يعلمها القرآن أو يخدمها سنة، (وهو حُرٌّ لا نوجبهما) وقال الشافعي: يجب التعليم والخدمة.

قَيَّدَ بالخدمة؛ لأنَّه لو تزوجها على رعي غنمها جاز اتِّفَاقًا.

وقَيَّدَ بالحرِّ؛ لأنَّه لو كان عبدًا تجوزُ الخدمة اتِّفَاقًا.

له: قوله صلى الله عليه وسلم: «زَوَّجْتُكُمْ بما معك من القرآن»¹، والخدمة لها قيمة، فجاز أن يكون مهرًا، كما لو تزوجها على رعي غنمها، وكما لو تزوج العبد على الخدمة.

ولنا: إنَّ المشروعَ في التَّكاحِ المألِّ المتَّقوِّمُ؛ لقوله تعالى: ﴿أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ﴾ [النساء، 24/4]، وإنَّما أضافها إلينا بواسطة إحرارنا، والمنافع ليست بمالٍ؛ لأنَّها غيرُ محرزةٍ، وإنَّما تصيرُ مالًا بالعقد للضرورة إذا احتيجَ إليها وأمكن تسليمها، وههنا لا يمكنُ أن يخدم الزوجُ لها؛ لأنَّها حينئذٍ تكون مالكةً والزوجُ مملوكًا، وهو خلافُ موضوع التَّكاحِ، وإنَّما جاز إمهارةُ العبد؛ لأنَّ فيها تسليم رقبته إليها، ورتبته مالٌ، وأمَّا التزوُّجُ برعي الغنم؛ فممنوعٌ، وعلى تقدير جوازه في روايةٍ؛ فثابتٌ بالنصِّ، وهو أنَّ نبينا صلى الله عليه وسلم قصَّ لنا تزوُّجَ موسى صلى الله عليه وسلم بنت شعيبٍ على رعي غنمه بلا إنكارٍ عليه².

(بل هو) أي: الواجبُ عند أبي حنيفة رحمه الله (مهرُ المثل. وحكم) محمدٌ (بقيمتها) أي: قيمة الخدمة؛ لأنَّ المنفعة صارت متقومةً³ بإيراد العقد، إلا أنَّ تسليمها ممتنعٌ؛ لِمَا مرَّ من أنَّه خلافُ موضوع التَّكاحِ، فيلزمُ قيمتها.

ولأبي حنيفة: إنَّ قيمة الشيء خلفٌ عنه وقائمةٌ مقامه، فإذا لم يجزُ تسليم الخدمة إليها؛ لم يجزُ تسليم قيمتها أيضًا؛ لأنَّ من شرط الخلف تصوُّرُ الأصل، فيجب مهرُ المثل.

(ولو أعتقها) أي: لو أعتق أمةً (على أن يتزوجها) فقبلت، ولم يسم مهرًا، (يجعله) أي: أبو يوسف عتقها (صداقها، وأفتيا بمهر المثل).

له: ما روي أنَّه صلى الله عليه وسلم أعتق صفيَّة، ثُمَّ تزوجها، وجعل صداقها عتقها⁴.

ولهما: إنَّ الإمهارة لا بُدَّ أن يكونَ بالمال، والعتق ليس بمالٍ، فبطل تسميته، فوجب مهرُ المثل.

وفي «المحيط»: لو تزوجها على عتقها، فقبلت؛ لم يصحَّ؛ لأنَّ التَّكاحَ يقارنُ العتقَ، والعتقُ يصادفها وهي أمةٌ، فكذا التَّكاحُ، ولا يمكنُ تقديمُ العتق على التَّكاحِ؛ لأنَّ كليهما⁵ المذكوران على سبيل العوض والمعوض، فلا يمكنُ أن يجعلُ أحدهما سابقًا والآخر لاحقًا.

(ولو أبت) أي: الأمة المذكورة بعد عتقها عن أن تزوج نفسها لمولاه (ألزمتها بقيمتها) أي: فعليها أن تسعى في قيمة نفسها لمولاه عندنا. وقال زفر: لا سعاية عليها.

قَيَّدَ بإلزام قيمتها؛ لأنَّها لا تجبرُ على التَّكاحِ اتِّفَاقًا؛ لكونها حرَّةً.

له: إنَّها إنَّما التزمت التَّكاحَ لا المالَ، فلا وجه لإيجاب ما لم تلتزمه عليها.

ولنا: إنَّها شرطتُ للمولى منفعةً بمقابلة عتقها، فلما فات عنه المنفعة؛ كان عليه أن ينقضَ العتقَ، لكنَّه بعد وقوعه لا ينقضُ، فوجب نقضُه معنَى بإلزام السعاية عليها.

(ولو ضمن الأب) يعني: لو زوَّج ابنه الصغير امرأةً، وضمن لها (المهرَ عن ابنه الصغير، فمات) الأب، (فأخذته) أي: المرأةُ

الصداقَ (من تركته؛ أجزنا للباقيين) من الورثة (الرجوع في نصيبه) أي: أن يرجعوا ما أدَّوه في نصيب الصغير. وقال زفر: لا يرجعون.

¹ صحيح البخاري، فضائل القرآن 21؛ النكاح 38؛ صحيح مسلم، النكاح 76؛ سنن الترمذي، النكاح 22.

²

³ د: مقومة.

⁴ صحيح البخاري، صلاة الخوف 6؛ مسند أحمد بن حنبل، 186/3.

⁵ ح: كلاهما.

قَيَّدَ بالأب؛ لأنَّ غَيْرَهُ من الأولياء أو الوصيِّ إذا ضمن المَهْر من الصغير، وأدَّى من ماله؛ يرجع من مال الصغير اتِّفَاقًا وإن لم يشترط¹ الرجوع.

وقَيَّد بالصغير؛ لأنَّ الابن لو كان كبيرًا، فضمن الأب عنه بغير أمره؛ لا ترجع² الورثة على الابن الكبير اتِّفَاقًا، وإن ضمن بأمره يرجعون اتِّفَاقًا.

وقَيَّد بموت الأب؛ لأنَّه لو أدَّى في حال صحَّته لا يرجع في مال الصغير اتِّفَاقًا، وكذا في حال المرض عند أبي يوسف. من «المصنفى». وفي «الحقائق»: ضمانه في مرض موته باطل.

له: إنَّه كفل عن الصغير تبرُّعًا، فلا يرجع ما أدَّى من تركته، كما لو أدى الأب حال حياته، وكما لو كفل عن ابنه الكبير بغير أمره.

ولنا: إنَّ الكفالة صدرت بأمر المكفول عنه حكمًا؛ لأنَّ للأب ولايةً عليه، فالإقدام على الكفالة دلالة الأمر من جهته، فيرجعون به، بخلاف ما إذا أدَّى عنه حال حياته؛ لأنَّ تحمُّل الآباء مهوَر الأبناء عادةً دليلٌ على تبرُّعه، وبخلاف الابن الكبير؛ لأنَّه لا ولاية له عليه، فيكون تبرُّعًا.

(ولم يوجوه عليه) أي: المهْر على الأب (لفقر ولده الصغير) وقال مالك: يجب عليه؛ لأنَّ قبوله المهْر عنه ولا مال له دليلٌ على ضمانه.

ولنا: إنَّ الأب ليس بكفيلٍ صريحًا ولا دلالة؛ لأنَّ قبوله لا يدلُّ على ضمانه، وإنَّما يدلُّ على أدائه من مال الصبيِّ قبل البلوغ إذا حصل له مالٌ، أو أداء ابنه بنفسه بعد البلوغ.

(أو الولي) أي: لو ضمن وليُّ المرأة المهْر، ويحتمل أن يراد منه: وليُّ الصغيرة، بأن زوّج ابنته الصغيرة رجلًا، وضمن عنه المهْر لابنته؛ (صح) ضمانه؛ لأنَّه من أهل الالتزام، والمهْر دينٌ يقبل الضمان. (وتتخيّر في المطالبة) أي: الزَّوجَةُ إن شاءت طلبت زوجهَا، وإن شاءت طلبت وليَّها، وكذا الوكيلُ بالتَّكاح لو ضمن المهْر صحَّ، فإن أدَّى الوكيلُ؛ لم يرجع على الزوج، بخلاف الوكيل بالخلع إذا ضمن المال يرجع به عليها. والفرق: أنَّ الخلع لا يصحُّ بلا لزوم مالٍ، فكان³ أمرها في الخلع معتبرًا للرجوع ببدله، والأمر في التَّكاح يعتبر لصحَّته لا لوجوب البدل؛ لأنَّه واجبٌ شرعًا، فصار وكيلُ التَّكاح متبرِّعًا. كذا في «المحيط».

(ويعتبر مهْر السرِّ، وهما العلانية) يعني: من تزوّج امرأةً بمهْرٍ في السرِّ، ثُمَّ تزوّجها ثانيًا بأكثر منه رياءً وسمعةً؛ لها مهْر السرِّ عن أبي يوسف. وقالوا: لها مهْر العلانية.

هذا إذا لم يُشهد على أن ما في العلانية هزلٌ، فإن أشهد عليه؛ لم يجب الزَّيادة اتِّفَاقًا. صوَر التواضع في مقدار المهْر؛ لأنَّه لو لم يوجد عقدٌ، وتواضعًا على أن يظهر التَّكاح بمهْرٍ، ولا يكون بينهما نكاحٌ، فأظهر التَّكاح؛ يصحُّ، فيلزم المهْر المذكور اتِّفَاقًا؛ لأنَّه لا يفسد مع الهزل.

إنَّما قيدنا بالتزويج ثانيًا؛ لأنَّهما لو أظهرَا أكثر مما في السرِّ بلا عقدٍ آخر؛ لم يعتبر الظاهر اتِّفَاقًا. وقَيَّدنا التزويج بأن يكون بأكثر؛ لأنَّه لو تزوّجها علانيةً على أن لا مهْر لها؛ فمهْر السرِّ معتبرٌ اتِّفَاقًا؛ لأنَّه لَمَّا نفى المهْر؛ صار المذكور في السرِّ المذكورًا في الثاني دلالةً. ولو تزوّجها وسكت؛ يجب مهْر المثل اتِّفَاقًا؛ لأنَّه لم ينف المهْر، فصار مهْر المثل المذكورًا مقتضى للتَّكاح.

وهذا إذا تعاقدوا بجنس ما تواضعوا، ولو تعاقدوا بخلاف جنسه، كما إذا تعاقدوا في السرِّ على ألف درهمٍ، وتعاقدوا في العلانية بمائة دينارٍ؛ فلها مهْر المثل اتِّفَاقًا في الأصح؛ لأنَّهما تركا المذكور في السرِّ وهزلا في المذكور ثانيًا، والمال لا يجب بالهزل. كذا في «التبيين».

وفي «التمتة»: لو اختلفا في المواضع؛ فالمهْر مهْر العلانية في الوجهين.

له: إنَّ التَّكاح لا يحتمل الفسخ، فلا يعتبر العقد الثاني؛ لأنَّه ليس بعقدٍ حقيقةً.

ولهما: إنَّ العقد الثاني وإن لم يعتبر استئنافًا، لكن فيه زيادةُ المهْر، وهي صحيحةٌ، فيعتبر من تلك الجهة.

¹ ح: يشترط.

² ح: يرجع.

³ ح: وكان.

(ولو أبان) أي: طلق بائناً (مدخولاً بها، ثم تزوجها في العدة، ثم أبانها قبل الدخول؛ حكم) محمد (ب نصف المهر) لأنها مطلقة قبل الدخول، (واتمام العدة) الأولى؛ لأنها من موجب الطلاق الأول، لكن قيام النكاح الثاني كان مانعاً من ظهوره، فإذا زال ظهر. (وهما بكامله) أي: حكماً بأن لها كمال المهر، (واستئنافها) أي: حكماً بأن عليها عدة مستقبلية؛ لأنها كانت مقبوضة في يده، فإذا جدّد النكاح في عدتها التي هي أثر الوطأة الأولى؛ ناب ذلك القبض من قبض في هذا النكاح، فصار كأنه وطئها في هذا العقد، فيجب إكمال المهر وعدة أخرى، كما أن الغاصب إذا اشترى المغصوب الذي في يده، فإنه ينوب عن القبض المستحق بالبيع.

(ولو أزال عدتها) أي: بكاره منكوته (بدفع، وطلّقها قبله) أي: قبل الدخول (فعلية نصفه) أي: نصف المهر عند أبي حنيفة؛ لأنه طلقها قبل الدخول. (وأفنى بكلمة) أي: محمد بكلّ المهر؛ لأن عمله ذلك كعمل الوطء. وقول أبي يوسف مضطرب بينهما.

(ولو نكح ثلاثاً) أي: ثلاث نسوة (في عقد واحد). وفي «الحقائق»: قوله: (في عقد) قيد اتفاقي؛ لأن الحكم كذا لو تزوجهن في عقود.

(فدخل بواحدة) منهى لا غير، (وطلق إحداهن ثلاثاً) أي: ثلاث طلاقات، (والأخرى واحدة) أي: طلق الأخرى طلقاً واحدة، (ومات مجهلاً) أي: بلا بيان؛ (قضي للمدخول بها بمهر) تامّ اتفاقاً. (ويحكم) أبو يوسف (للثنتين) الآخرين (بمهر وربع بينهما) أي: ربع مهر يقسم نصفين، (لا بمهر وثلث) يعني: عند محمد: لهما مهر وثلث مهر، (ووافق في رواية) أي: في رواية كتاب «الزيادات»: إنَّ محمدًا مع أبي يوسف.

لأبي يوسف: إنَّ أحدَ الطلاقين واقع على إحدى غير مدخولتين بيقين، فسقط نصف مهر بيقين، والأخرى يقع عليها في حال ولا يقع في حال، فإن وقع يسقط النصف الآخر، وإن لم يقع؛ لا يسقط، فسقط نصف النصف، وهو ربع الكل، فبقي لهما مهر وربع مهر.

ولمحمد: إنَّ أثر الدخول مختص بالمدخول بها، وهي كغير المدخول بها في حق الآخرين، فيفرض كلهن غير مدخول بهن، فلما سقط مهر عن الثنتين الغير المدخولتين بقي مهران، فإذا قسم المهران بينهما يصيب كل واحدة ثلثا مهر، إلا أن مهر المدخول بها تمّ بالدخول، فبقي في حق غيرها على حاله، وهو مهر وثلث.

(أو واحدة وثنتين وثلاثاً في عقد) وهو جمع عقدة، يعني: إذا تزوج امرأة في عقدة، وامرأتين في عقدة أخرى، وثلاث نسوة في عقدة أخرى، (ومات مجهلاً) أي: من غير بيان أنه كيف تزوجهن.

قيد به؛ لأنه لو كان حيًا يجبر على البيان؛ لأن الإجمال وقع منه، ويُسمع قوله، حتى لو مات أحد الفريقين من الثنتين والثلاث، فقال: هي الأولى؛ ورثهن وأعطى مهورهن، وفرق بينه وبين الأخريات، فإن قال: لا أدري أيتهن الأولى؛ حجب عنهن جميعاً لا عن واحدة؛ لأن نكاح الواحدة صحيح بيقين، ونكاح الفريقين الآخرين صحيح إن تقدّم، وفاسد إن تأخّر، فلا يخلو بينه وبين الفريقين مع احتمال الفساد. (قبل الدخول) أي: قبل أن يدخل بواحدة منهن.

فإن قلت: ما فائدة قوله: «قبل الوطء» وقد عرف أنّ حكم الميراث قبل الوطء وبعده سواء؟ قلنا: يحتمل أن يكون المراد من قوله: «قبل الوطء»: قبل البيان دلالة، ويقول: «مجهلاً»: قبل البيان صريحاً؛ ليكون بياناً لنوعي البيانين.

ذكر في «المبسوط»: إنَّ الزوج إذا جامع امرأة منهن؛ كان هذا إقراراً منه بأنّها ومن معها الأولى، وكذا لو طلق إحداهن أو ظاهر؛ لأنّ كلاً من هذه التصرفات يختص بالنكاح الصحيح.

فإن قلت: إذا كان كذلك؛ فلم خصّ الوطء بالذكر؟ قلت: لأنّ الطلاق أبغض المباحات عند الله، والظهار منكر من القول وزور، فيجتنبهما المسلم ظاهراً، أمّا وطء المنكوحه؛ فحلال.

اعلم أنّ الوطء إنّما يصير بياناً إذا جامع واحدة منهن أو إحدى الفريقين أو كلهن، وعلمت السابقة منه في الوطء، حيث يكون نكاح السابقة ومن معها صحيحاً، أمّا إذا جامع كلهن، فلم يعلم أيتهن أسبق؛ فهذا الوطء لا أثر له في البيان، ويجبر على البيان. (قسمت التركة) يعني: نصيب النساء من التركة، وهو الربع أو الثمن على (أربعة وعشرين) سهماً، (فتأخذ الواحدة) وهي التي تزوجها وحدها (سبعة) من أربعة وعشرين؛ لأنّ نكاحها صحيح، سواء تقدّم أو تأخّر أو توسّط، فنكاحها إن صحّ مع الثنتين؛ فلها ثلث

¹ د - بينهما.

الميراث، وإن صحَّ مع الثلاث؛ فلها ربعه، وأقلُّ حسابٍ له ربعٌ وثلاث اثناعشر، فلها في حالٍ ثلاثة وفي حالٍ أربعة، وثلاثة واجبةٌ بيقينٍ، والسهمُ الواحدُ مشكوكٌ فيه، فيتنصَّفُ، فانكسر بالنصف، فضرنا اثني عشر في مخرج النصف، وهو اثنان، فصار أربعة وعشرين، وللواحدة منها ثلثها في حالٍ، وهو ثمانية، وربعا في حالٍ، وهو ستة، فوقع الشكُّ في السَّهمين، فنصَّفَا، وضَمَّ أحدهما إلى ستة، فصارت سبعةً. **(والباقى مقسومٌ على الفريقين) أي:** على المرأتين وثلاث نسوةٍ (نصفين) عند أبي حنيفة؛ لأنَّ الواحدة لَمَّا أخذت حَقَّها وخرجت من البين؛ سقط اعتبارها، فبقي الفريقان كلُّ واحدٍ منهما تقول: جميعُ البقية لي، فينصَّفُ بينهما، لكنَّه ينكسرُ عليهما بالنصف، فضرنا أربعة وعشرين في اثنتين، فحصل ثمانية وأربعون، فللواحدة منها أربعة عشر، ولكلِّ من الفريقين سبعة عشر، لكنها لا يوافق على رؤوس كلِّ منهما، فنظرنا أنَّ بين عددي رؤوسهما . وهو اثنان وثلاثة. مباينة، فضرنا اثنتين في ثلاثة، فصارت ستة، ثُمَّ ضرنا ستة في ثمانية وأربعين، فصارت مائتين وثمانين وثمانية، وذلك تصحيحُ المسألة.

(وقالا: للثنتين ثمانية، وللثلاث تسعة) على اختلاف تخريجهما، فمحمَّدٌ يعتبرُ الأحوال، ويقول: إن صحَّ نكاحُ الثلاث مع الواحدة؛ فلهنَّ ثمانية عشر؛ لأنَّهنَّ يستحقنَّ¹ ثلاثة أرباع الميراث، ولو لم يصحَّ؛ فلا شيء، فيتنصَّفُ، فيكون لهنَّ تسعة، وإن صحَّ نكاحُ الثنتين مع الواحدة؛ فلهما ستة عشر؛ لأنَّهما يستحقان ثلثي الميراث، وإن لم يصحَّ؛ فلا شيء، فيتنصَّفُ. وأبو يوسف يعتبرُ طريقَ المنازعة، فيقول: استوتْ منازعةُ الفريقين في ستة عشر، فيتنصَّفُ بينهما، ولا منازعةُ للثنتين في السهم السابع عشر؛ لأنَّهما لا يدعيان إلا ثلثي الميراث، فيسلمُ ذلك للنسوة الثلاث، فصار نصيبُ الثلاث تسعةً.

هذا الخلاف وقع في ميراثهنَّ، وأما حكمُ مهورهنَّ؛ فللواحدة ما سَمِّي لها من المهر بكماله، وللثلاث مهرٌ ونصفٌ، وللثنتين مهرٌ واحدٌ اتِّفاقاً، فمحمَّدٌ مرَّ أيضاً على أصله، واعتبر الحال؛ لأنَّ نكاحَ الثلاث إن صحَّ؛ فلهنَّ ثلاثة مهورٍ، وإن لم يصحَّ؛ فلا شيء، فيتنصَّفُ، وكذا نكاحُ الثنتين إن صحَّ؛ فلهما مهرا، وإن لم يصحَّ؛ فلا شيء، فيتنصَّفُ. وأبو يوسف اعتبرَ فيه المنازعة؛ لأنَّ أكثرَ ما يجب للفريقين ثلاثة مهورٍ، بأن يكون السابقُ نكاحَ الثلاثة، وأقلُّه مهرا، فمهران واجبٌ بيقينٍ، فالمهرُ الثالثُ يجب في حالٍ دون حالٍ، فيتنصَّفُ، فيجب مهرا ونصفٌ، ثُمَّ نصفُ مهرٍ لا تدعيه ثنتان، وتدعيه² الثلاث، فيسلم لهنَّ، بقي مهرا استوتْ منازعةُ الفريقين فيهما، فيكون بينهما.

قَيَّد بقوله: «قبل الدخول»؛ لأنَّه لو مات بعد الدخول بكلهنَّ؛ فلكلِّ واحدةٍ من الفريقين الأقلُّ من مهرٍ مثلها ومما سَمِّي لها؛ لدخوله بها بنكاحٍ فاسدٍ، وللواحدة عدَّة الوفاة، وعلى كلِّ من الفريقين أبعدُ الأجلين من عدَّة الوفاة والأقراء؛ لأنَّ كلَّ فريقٍ إن صحَّ نكاحها؛ فعليها عدَّة الوفاة، وإن لم يصحَّ؛ فعليها العدَّة بالحض، فجمعنا بينهما، وقلنا: تعتدُّ أربعة أشهرٍ وعشرًا تستكمل³ فيها ثلاث حيضٍ.

(أو امرأة) أي: لو تزوج امرأةً **(وابنتها في عقد)** أي: في ثلاثة عقودٍ، **(ومات مجهلاً قبل الدخول)** فلهنَّ مهرٌ واحدٌ وميراثٌ كاملٌ اتِّفاقاً؛ لأنَّ الصَّحيح نكاحٌ إحداهنَّ، وهو المتقدِّم، لكن وقع الخلافُ في القسمة، **(فلأم)** عند أبي حنيفة **(نصف المهر والميراث، وللبنين النصف)** أي: النصف الآخر من المهر والميراث. **(وقسامهما)** أي: الإمامان المهر والميراث **(بينهن أثلاثاً)**.

قَيَّد بامرأةٍ وابنتها؛ لأنَّه لو تزوج امرأةً وأمَّها، والمسألة بحالها؛ فالمهرُ والميراثُ بينهما نصفان اتِّفاقاً. ولو تزوج امرأةً وأمَّها وخالَّتْها، أو ثلاث أخواتٍ في ثلاث عقودٍ؛ فالمهرُ والميراثُ بينهما أثلاث اتِّفاقاً.

وقَيَّد بقوله: «في عقد»؛ لأنَّه لو تزوج الأمَّ في عقدةٍ وابنتها في عقدةٍ، والمسألة بحالها؛ فالمهرُ والميراثُ للأمِّ، ولا شيء للبنين اتِّفاقاً؛ لأنَّ بطلانَ نكاحِ البنين متيقنٌ؛ لكونه جمعاً بين الأختين.

لهما: إنَّ نكاحَ كلِّ واحدةٍ منهنَّ صحيحٌ في حال التقدُّم، وباطلٌ في حال التوسط والتأخُّر، فإذا استوتين في سبب الاستحقاق؛ يقسمُ المهرُ بينهما أثلاثاً، كما لو تزوج امرأةً وأمَّها وبنَّتْها.

وله: إنَّ اعتبارَ الأحوال إنَّما يكون في موضع الشكِّ، وههنا نكاحٌ إحدى البنين باطلٌ يقيناً، فوقع المزاومةُ بين الأمِّ وبنَّتٍ واحدةٍ؛ لأنَّ كلاً منهما يستحقُّ كلَّ المهر حال التقدُّم، ولا يستحقُّ شيئاً حال التأخُّر، فينصَّفُ مهرُ كلِّ منهما، فيقسمُ مهرٌ واحدٌ بينهما.

¹ د: تستحقن.

² ح: ويدعيه.

³ ح: يستكمل.

(ونوجب المهر) أي: إكماله (بالخلوة الصحيحة) وهي مشروطة بأن يأمن عن اطلاع غيرهما عليهما بلا إذنهما، حتى لو كانا في البيت وبأبه مفتوح لا يدخله أحدٌ إلا بإذنٍ؛ يصح الخلوة، وأن لا يكون معهما ثالثٌ وإن كان أعمى أو نائماً؛ لأنَّ الأعمى يحسُّ، والنائم يستيقظ. ولو كان صغيراً لا يعقل، أو مغمى عليه؛ تصحُّ الخلوة.

ومشروطة (بأن يرتفع الموانع) أي: موانع الجماع، (كمرض) حاصلٍ للزوج أو الزوجة (مانع) عن الجماع؛ لعدم الاقتدار عليه، أو للحقوق الضرر به.

وفي «التبيين»: هذا التفصيل في مرضها، وأما مرضه؛ فموانع لِحَقِّه ضررٌ أو لا؛ لأنَّه لا يعرى عن تكسُّرٍ وتفتورٍ عادةً، وهو الصحيح.

(وحيض) ونفاسٍ أو رتق أو قرن، وكذا لو كانت صغيرة لا تطيق الجماع، وأما لو كان هو صغيراً يقدر عليه؛ فالمذكور في «القنية»: أنه لا يجب بخلوته كمال المهر، وقال شمس الأئمة: إن كان يتحرَّك آتته ينبغي أن يكمل.

(وإحرام بحجٍّ وعمرة) نفلاً كان أو واجباً، فإنَّ الجماع معه يفسد النسك، ويوجب دماً مع القضاء والعمرة.

(وصوم رمضان) فإنَّ الجماع فيه يوجب الكفارة مع القضاء.

قيدُه² برمضان؛ لأنَّ صوم التطوع والقضاء والنذور والكفارات لا تمنع الخلوة في الصحيح؛ لعدم وجوب الكفارة بالإفساد.

فإن قيل: في النفل لزوم القضاء، فينبغي أن يكون مانعاً.

قلنا: اللزوم لضرورة صيانة المؤدى، فيقدَّر بها، فلا يظهر في حقِّ المهر، والصلاة كالصوم فرضها كفرضه، ونفلها كنفله.

وقال الشافعي: الخلوة الصحيحة ليست كالدخول، فلو طلقها بعد الخلوة قبل المسيس؛ فلها نصف المهر؛ لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ

طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ﴾ [البقرة، 237/2] الآية.

ولنا: قوله صلى الله عليه وسلم: «من كشف خمار امرأة ونظر إليها؛ وجب الصدق، دخل بها أو لم يدخل»³، وحكى الطحاوي

إجماع الصحابة في وجوب المهر بالخلوة، والمس حقيقة ليس بمراد، حتى لو مسَّ بدنهما في غير خلوة، ثم طلقها؛ يجب نصف المهر

اتِّفاقاً، وإنما حمله الشافعي على الوطء؛ لأنَّه سببه، ونحن نعلمه على الخلوة؛ لأنَّ الرجل لا يمسُّ امرأته عادةً إلا في الخلوة من باب

إطلاق اسم المسبب على السبب.

وأما العدة؛ فواجبة في الخلوة صحيحة كانت أو فاسدة احتياطاً لتوهم الشغل، إلا إذا فسدت بالعجز عن الجماع حقيقة، فحينئذٍ

لا تجب العدة. كذا ذكره قاضي خان في «جامعه الصغير» والقدوري في «شرحه».

اعلم أنَّ الخلوة قامت مقام الوطء في بعض الأحكام، كتأكُّد المهر، وثبوت النسب، وحرمة نكاح أختها وأربع سواها، ووجوب

العدة والنفقة والسكنى في هذه العدة، وإن أوقع طلاقاً آخر في هذه العدة؛ فالصواب أنه يقع، ذكر شيخ الإسلام: أنه يكون بائناً. من

«الذخيرة».

ولم تقم⁴ في بعضها، كالإحلال للزوج الأول والرجعة والإرث، حتى لو طلقها بعد الخلوة ومات وهي في العدة؛ لا ترث منه،

والإحصان، أي: لا يصير⁵ محصناً بالخلوة. كذا في «شرح الوافي».

(والجب) أي: كون النكاح مقطوع الذكر والخصيتين (غير مانع) عن وجوب إكمال المهر إذا طلقها بعد الخلوة عند أبي

حنيفة. وقال: مانع.

قيد بالجب؛ لأنَّ كونه خصياً أو عيباً لا يمنع عنه اتِّفاقاً.

وقيدنا بوجوب إكمال المهر؛ لأنَّه غير مانع عن وجوب النفقة إذا خلا بها اتِّفاقاً.

وفي «النهاية»: يثبت النسب للمحبوب إذا علم أنه ينزل، وإن علم بخلافه لا يثبت.

لهما: إنَّ المريض إذا لم تعتب⁶ خلوته؛ فخلوة المحبوب أولى أن لا يعتب؛ لأنَّه أعجز منه.

1 ح: يصح.

2 د: قيد.

3 سنن الدارقطني، 4/473؛ السنن الكبرى للبيهقي، 7/256 وقال البيهقي فيه: هذا منقطع وبعض رواه غير محتج به.

4 ح: يقيم.

5 د: تصير.

6 ح: يعتبر.

وله: إنَّ المجبوبَ إنَّما يتزوَّجُ للإنزال والاستمتاع لا للإيلاج، وقد سلَّمتْ نفسها إليه لِمَا¹ هو مقصودُه، فتستحقُّ كلَّ البذل كخلوة الخصيِّ، بخلاف المريض؛ لأنَّ تزويجه كان للإيلاج، فلم يحصل.

(ولا يجب إلا مهر المثل بالدخول في النكاح الفاسد، لا بالعقد) يعني: لا يجب المسمَّى في النكاح الفاسد بسبب العقد؛ لأنَّه فاسدٌ، ولهذا لكلِّ من الزوجين فسخه قبل الدخول بغير محضٍ من صاحبه، كما في البيع الفاسد قبل القبض، فيفسد ما ثبت في ضمنه من التسمية. وإنَّما وجب فيه مهر المثل؛ لأنَّه هو الموجبُ الأصليُّ، وهو إنَّما يجب إذا جامعها في القبل، ولم تجعل الخلوة الصحيحة فيه كالوطء بسبب كونها تمكيناً منه.

وفي «الخلاصة»: المرأُ من المهر: العقر، وهو مقدارٌ ما يجب أجره لزناها لو كان حلالاً. كذا نقل عن مشايخنا. وإذا وطئها فيه مراراً؛ فعليه مهرٌ واحدٌ؛ لأنَّ فيه شبهة الملك، وكذا لو وطئ مكاتبته أو جارية ابنه مراراً؛ لأنَّ الوطء حصل عقيب شبهة الملك. ولو وطئ الابن جارية أبيه بشبهة؛ يجب لكلِّ وطئ مهرٌ؛ لأنَّ شبهة الملك فيه غير ثابتة، فصادف كلُّ وطئ ملك الغير، ولو² وطئ أحد الشريكين الجارية المشتركة؛ فعليه لكلِّ وطئ نصف مهرٍ؛ لأنَّه ليس شبهة ملك في النصف الذي لشريكه.

(ولا يتجاوز مهر المثل من المسمَّى) لأنَّ العقد فاسدٌ، والمستوفى فيه ليس بمالٍ، فلا يعتبر من قيمته ما زاد على المسمَّى، بخلاف البيع الفاسد حيث تجب فيه القيمة بالغة ما بلغت؛ لأنَّ المستوفى فيه مالٌ متقومٌ، فيتقدَّرُ بدله بقيمته.

(وتجب العدة) في النكاح الفاسد على تقدير الدخول تحرُّراً عن اشتباه النَّسب، ويعتبر ابتداءها من وقت التفريق، وعند زفر: من آخر الوظائف، سيجيء بيانه في باب العدة.

وفي «المحيط»: لو جامع صبيَّ بشبهة؛ فلا مهرٌ عليه؛ لأنَّ الوليَّ لا يملك النكاح الفاسد في حقه، ولا الإذن له فيه، فصار كما إذا وطئ بغير شبهة عقدٍ، فتجب³ العدة على الموطوءة.

(ويثبت النسب) أي: نسب المولود في النكاح الفاسد؛ لأنَّه ثابتٌ من وجه، ولهذا ليس لكلِّ من الزوجين فسخه بعد الدخول إلا بمحضٍ من صاحبه، والثابت من وجه كالنابت من كلِّ وجه في النسب إحياءً للولد.

(واعتبر مدته) أي: محمداً مدَّة النسب (من حين الدخول) واعتبارها من وقت النكاح؛ لأنَّ النكاح لو لم يكن موجوداً؛ لم يثبت النسب اتِّقافاً، فيعتبر ثبوته من وجود⁴ العقد. **(ويفتى به)** أي: بقول محمد؛ لأنَّ النكاح الفاسد ليس بداعٍ إلى الوطء؛ لأنَّه حرامٌ فيه، فلا يقوم مقام الوطء، فلا يعتبر النسب من النكاح.

(ويعتبر مهر المثل بنساء عشيرة⁵ أبيها) كعماتها وبنات أعمامها؛ لقول ابن مسعود رضي الله عنها: لها مهرٌ مثل نساءها، وهنُّ أقارب الأب. **(إن وجد من تماثلها⁶)** أي: إن وجدت امرأةً من عشيرة أبيها تماثل⁷ المنكوحه في الصفات الآتية يعتبر مهرها، **(والأب؛ فبالأجانب)** أي: إن لم يوجد من أقارب أبيها من تماثلها⁸ يعتبر مماثلتها من الأجانب تحصيلاً للمقصود بقدر الوسع.

(ويعتبر التساوي) بين المنكوحه وقريبة أبيها **(في السنِّ، والحسن، والمال، والعقل، والدين، والبلد، والعصر، والبكارة)** لأنَّ مهر المثل قيمة البضع، وقيمتُه يختلف باختلاف هذه الصفات لتفاوت الرغبات باختلافها.

(وإذا امتنع عن تسليم نفسها، وأن يسافر) الزوج (بها للمهر المعجل) أي: لاستيفائه، وهو بعضٌ من جميع مهرها مشروطٌ تعجيله في العرف، وإن لم يشترط⁹ فيه شيئاً يقدر لها ما يكون لمثلها من المسمَّى المعجل. **(جاز)** لأنَّ النكاح عقدٌ معاوضةٌ، فلها أن تمنع عن الزوج حقه من الاستمتاع لاستيفاء حقه عنده، وهو المهر، كحبس المبيع لاستيفاء الثمن، وليس للزوج أن يمنعها من الخروج من منزله وزيارة أهلها حتى يوفِّيهَا كلَّ مهرها المعجل.

¹ د: كما.

² ح: فلو.

³ د: فيجب.

⁴ ح: وقت.

⁵ د: عشرة.

⁶ د: يماثلها.

⁷ د: يماثل.

⁸ د: يماثلها.

⁹ د: بشرط.

(وإن كان كله) أي: كلُّ مهر المرأة (مؤجلاً) إلى سنةٍ مثلاً، سواءً كان مؤجلاً في العقد أو أجّله بعده؛ لأنَّه ملحقٌ بالمؤجّل في العقد، (يجيزه) أي: أبو يوسف امتنع نفسها حتى ينقد المهر. وقال: ليس لها الامتناع. وفي «المحيط»: هذا إذا لم يشترط الزوج في العقد الدخول بها قبل الأجل؛ لأنَّه لو كان شرطه؛ فليس لها أن تمنع نفسها اتِّفاقاً. له: إنَّ وجوب تسليم المبدل يقتضي وجوب تسليم البدل؛ لأنَّ التَّكاح عقدٌ معاوضةٌ. ولهما: إنَّها أبطلت حقَّها في المساواة حين رضيت بتأخير البدل، فلم يكن لها حبسُ المبدل، كما لم يجزُ حبسُ المبيع للثمن المؤجّل.

وفي «الخانية»: ليس لها الامتناع بعد حلول الأجل أيضاً؛ لأنَّ العقد ما أوجب لها حقَّ الامتناع، فلا يثبت بعده. (ولها الامتناع بعد الدخول برضاها حتى يوفّيها) يعني: إذا دخل رجلٌ بامرأته برضاها قبل أن يعطيها مهرها؛ فلها الامتناع من وطئها أو من المسافرة بها حتى يعطيها مهرها المعجّل، ولا يبطل نفقتهُ بهذا الامتناع عند أبي حنيفة. وقال: ليس لها الامتناع، وتبطل نفقتهُ به.

قيّد بالدخول وبرضاها؛ لأنَّها لو كانت مكروهةً أو صبيبةً أو مجنوننةً، أو لم يدخل بها؛ فلها الامتناع اتِّفاقاً. لهما: إنَّها بتسليم نفسها سقط عنها حقُّ الحبس كما سقط عن البائع إذا سلّم المبيع إلى مشتريه. وله: إنَّ المهرَ مقابلٌ بجميع الوطئات؛ فلا يخلو كلُّ وطئةٍ عن عوضٍ إظهاراً لشرف البضع، لكن كلَّ المهر يتأكّد بالوطء الأوّل، كما إذا جنى العبدُ جنابةً يستحقُّ بها رقبته، فإذا جنى أخرى وأخرى يدفعُ بجميعها، فإذا سلّمت بعضَ المعقود عليه لا يسقط حقُّها عن حبس الباقي، كما إذا سلّم البائع بعضَ المبيع لا يسقط حقُّه في حبس الباقي. (وإذا أوفاهما) أي: المرءُ امرأته المهرَ المعجّل (نقلها حيث شاء) لقوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ﴾ [الطلاق، 6/65].

وفي «الحقائق»: كان أبو القاسم الصَّفَّارُ يأخذ في المنع عن الجماع بقولهما، وفي الإخراج من بلدٍ إلى بلدٍ بقول أبي حنيفة، وبه يفتى. (وقيل: لا يسافرُ بها إلى بلدٍ غير بلدها) لأنَّ الغريب يؤذِي، وعليه أكثرُ المشايخ، وبعضُ الأئمة أفتى به.

فإن قلت: هذا مخالفٌ لِمَا سبق من الآية، فكيف يقبل؟ قلنا: النصُّ مقيّدٌ بعدم الإضرار، بدليل سياق الآية، وهو قوله تعالى: ﴿وَلَا تُضَارُّوهُنَّ﴾ [الطلاق، 6/65]، وفي النُّقل إلى بلدٍ آخر مضارّةٌ، وفي قوله: «لا يسافرُ بها» دلالةٌ على أنَّه يجوز نقلها إلى قريةٍ أو بلدةٍ قريبتين¹ من بلدها؛ لعدم تحقُّق السفر. (وقيل: إن أوفاهما المؤجّل أيضاً) أي: كيفائه المعجّل (وهو مأمونٌ) أي: والحال أنَّ الزوج أمينٌ عليها (سافر بها) حيث شاء، (وإلا فلا) أي: إن لم يكن أوفاهما المهرين، أو لم يكن مأموناً عليها؛ لا يسافرُ بها، وهذا القول أقربُ إلى التَّحقيق، وبه يفتى. (وإن اختلفا) أي: الزوجان (في قدر المسمّى) في العقد، فادَّعى أنَّه تزوّجها باللف، وادَّعت أنه بالفين، (فرضي لمن أقام البيّنة) لأنَّه صحَّح دعواه بالبيّنة، فلا يعارضها مجردُ دعوى الآخر. (فإن أقامها) أي: الزوجان البيّنة على ما ادَّعياه (قبلتُ بينتها) لأنَّها تثبت الزيادة، (وإلا) أي: إن لم يكن لهما بيّنةٌ (يجعل) أبو يوسف (القول للزوج) مع يمينه؛ لأنَّه منكرٌ بالزيادة²، فمتى أمكن إيجابُ شيءٍ من المسمّى. وهو ما أقرَّ به الزوج. لا يُصارُ إلى مهر المثل؛ لأنَّ المسمّى بدلٌ أصليٌّ في العقد. (إلا أن يستنكر) ما قاله، بأن يكون بعيداً من مهر مثلها عادةً، بأن يدَّعي عشرة دراهم ومهرٌ مثلها عشرة آلاف، فيصار إلى مهر المثل. وقيل: شرعاً بأن يكون ما دون العشرة. والأوّل أصحُّ؛ إذ لا مهر أقلُّ من عشرة، والعشرة لا يتجرّأ في باب التَّكاح، وذكرُ بعض ما لا يتجرّأ كذكر كَلِّه، فصار كأنَّه ادَّعى العشرة، فلا يكون مستنكراً.

(وقال) أي: أبو حنيفة ومحمدٌ: (يتحالفان) لأنَّ كلاً منهما مدَّعٍ من وجبٍ (من غير فسخٍ) أي: فسخ التَّكاح؛ لأنَّه لا يحتملُ الفسخ بالتَّحالف.

¹ د: قريبة.

² ح: للزيادة.

قَيَّد بقدر المسمى؛ لأنَّهما لو اختلفا في جنسه أو صفته أو نوعه، والمسمى عينٌ، أو اختلفا في قيمته، وهو هالكٌ؛ فالقول للزوج إتِّفَاقًا؛ لأنَّها تدَّعي عليه وصفًا أو ضمانيًا زائدًا، وهو ينكُرُ، ولا يتحالفان؛ لأنَّهما يتَّفَقان على المسمى، فصحَّت التسمية، فانقطع حكمُ مهر المثل بيقينٍ، بخلاف ما لو اختلفا في قدر المسمى؛ لأنَّ التسمية فاسدةٌ عندها في قدر ما اختلفا، فوجب تحكيُّم مهر المثل. **(ثم يحكم)** أي: يجعل حكمًا **(مهر المثل)** على ما ادَّعياه، كما لو اختلف الصباغُ وربُّ الثوب في مقدار الأجرة يحكم قيمة الصبغ.

وإنَّما أحرَّ التحكيم عن التحالف؛ لأنَّ مهر المثل لا يُعتَبَر عند وجود التسمية، وهي إنَّما تسقط¹ بالتَّحالف؛ لأنَّ ما ادَّعاه كلٌّ منهما ينتفي بيمين الآخر، فيبقى التَّكاح بلا تسمية، فيعتَبَر مهر المثل؛ لأنَّه هو الموجبُ الأصليُّ.

(فإن ساوى) مهر المثل (اعترافه) أي: لِمَا اعترف به الزوجُ، هذا بيانٌ لكونه حكمًا، **(أو نقص)** مما اعترف به **(حكم به) أي:** بما اعترف به الزوجُ، **(أو دعوها) أي:** إن كان مهر المثل مساويًا لِمَا ادَّعته، **(أو زاد)** عليه **(حكم² بها) أي:** بما ادَّعته إتِّفَاقًا، لكنَّه إذا طَلَّقها قبل الدخول بها؛ فلها نصفُ الألف إتِّفَاقًا؛ لأنَّ مهر المثل لا يجب بالطلاق قبل الدُّخول، فلا يمكن التَّحكيمُ به، والأقلُّ متيِّقٌ. كذا في «المحيط».

(أو زاد) أي: إن كان مهر المثل زائدًا **(على اعترافه، ونقص عن دعوها؛ حكم مهر المثل³)** إتِّفَاقًا بعد أن يحلف كلٌّ منهما على دعوى صاحبه⁴. هذا إذا لم يسلم المرأة نفسها إلى زوجها، فإن سلَّمت لا يحكم مهر المثل؛ لأنَّ المرأة لا تسلِّم نفسها من غير أن تستعجل شيئًا من مهرها عادةً، فيقال لها: أقري بما استعجلت، وإلا قضينا عليك بالمتعارف. كذا في «المحيط».

(أو ورثتهما فيه) أي: إذا اختلف ورثة الزوج والزوجة في مقدار المهر المسمى، وادَّعى ورثة المرأة أكثرَ، وورثة الزوج أقلَّ، **(جعله) أي:** محمَّد القول **(لوارثها إن شهد به مهر المثل)** لأنَّ الظاهر أنَّ المرأة لا يتزوَّج بأقلَّ من مهر مثلها، فكان⁵ قولٌ من شهد له الظاهرُ أحقُّ بالقبول. **(وقالا) أي:** أبو حنيفة وأبو يوسف: القول **(لوارثه)** لأنَّه ينكُرُ الرَّائد على ما يعترفُ به، والقول للمنكر، ولا يحكم مهر المثل؛ لأنَّه يسقطُ اعتباره بعد موتهما كما سنبين في المسألة الآتية. **(ويستثنى منه) أي:** يستثنى أبو يوسف من دعوى ورثة الزوج **(ما يستنكر)** كما كان يستثنيه إذا اختلفا في حياتهما.

(أو في نفس التسمية) أي: إذا اختلف ورثتهما في تسمية المهر، **(فالقضاء بشيءٍ منتفٍ) عند أبي حنيفة. (وحكما بمهر المثل)** لأنَّه هو الموجبُ الأصليُّ، فصار كما لو اختلفا في التسمية وهما حيَّان أو أحدهما. له: إنَّ مهر المثل إنَّما يُعرفُ إذا عرف حائلُ نساءٍ عشرينها في المهر في زمان العقد، والظاهرُ أنَّ أقرانها لا يبقون بعد موتها، فيتعدَّزُ معرفة مهر المثل، فتعدَّزُ القضاءُ به.

وفي «المحيط»: هذا إذا تقادَم موتهما، فأما إذا لم يتقادَم؛ يجب مهر المثل؛ لأنَّه أمكن معرفته. ولو كان المهر دينًا، واختلفا في جنسه أو صفته؛ فهو كالاختلاف في نفس التسمية؛ لِمَا مرَّ في باب السلم. ولو اختلفا في الوصف والقدر جميعًا؛ فالقول للزوج في الوصف، وللمرأة في القدر إلى تمام مهر مثلها.

فصل في نكاح الرقيق

وفي «الصَّحاح»: الرقيقُ: المملوكُ، يطلُّ على الواحد والجمع.

(ولا يجوزُ نكاح العبد والأمة والمكاتب والمدبِّر وأُمِّ الولد إلا بإذن المولى) لقوله صلى الله عليه وسلم: «أَيُّمَا عَبْدٍ تَزَوَّجَ بِغَيْرِ إِذْنِ مَوْلَاهُ فَهُوَ عَاهِرٌ»⁶ أي: زانٍ، وكذا المكاتبُ والمدبِّرُ وأُمُّ الولد؛ لقيام الملك في جميعهم، والحجْرُ في المكاتب إنَّما زال في حقِّ كسبه لا في رقبته، والتَّكاح ليس بكسبٍ، ولهذا لا يملكُ المكاتبُ تزويج عبده.

¹ د: يسقط.

² د: يحكم.

³ د: حكم بمهر.

⁴ ح - بعد أن يحلف كل منهما على دعوى صاحبه.

⁵ ح: وكان.

⁶ مصنف ابن أبي شيبة، 247/9؛ سنن أبي داود، النكاح 15-16؛ سنن الترمذي، النكاح 20.

(ونجيزُ إجبارَ العبد) ليس معناه: أن يحمله على النكاح بالسَّيْف، بل معناه: أن ينفذَ نكاحَ المولى عليه بغيرِ رضا. وقال الشافعيُّ: لا يجوز؛ لأنَّه مملوكٌ لمولاه من حيثُ إنَّه مالٌ، لا من حيثُ إنَّه آدميٌّ، والنكاحُ من خواصِّ الأدميةِ، فلا يملكُ إجبارَه. ولنا: إنَّ في إنكاحه إصلاحَ ملكه؛ لئلا يقع في الزنا، فتعيبُ باعتياده عليه، فينتقصُ ماليتهُ، فيملكُ إجبارَه للإصلاح. وفي «الحقائق»: هذا إذا كان العبدُ كبيراً، وإن كان صغيراً؛ يجوزُ الإجبارُ عنده في قولٍ.

(كالأمة) فإنَّ إجبارها جائزٌ اتفاقاً؛ لأنَّ منافعَ بضعها مملوكةٌ له، فله تملكُها، ولهذا صار مهرها لمولاه. (دون المكاتب والمكاتبه) فإنَّ إجبارها غيرُ جائزٍ؛ لأنَّهما التحقَّا بالأحرار في التصرف، فيشترطُ رضاهما، ولهذا صار مهرُ المكاتبه لها كأرشها. (وإذا أذن) المولى بنكاح عبده؛ (صار المهرُ ديناً في رقبته) لأنَّ الدينَ ظهر في حقِّ المولى لصدور الإذن من جهته، فيتعلَّق الدينُ بماليتهُ رقبته استيفاءً كما في دين التجارة دفعاً للضَّرِّ عن أصحاب الديون. (يباعُ فيه) أي: العبدُ في استيفاء جميع المهر إذا لم يُفدِه مولاه، فإن لم يَفِ ثمنه؛ لا يباعُ ثانياً، فيطالبُ منه ما بقي من الدَّين بعد العتق، ولكن يباعُ مرَّةً بعد أخرى في دين نفقة زوجته؛ لأنَّه يتجدَّدُ، فإذا مات سقط الدينُ والنفقةُ لفوات محلِّ الاستيفاء.

(ويسعى المدبِّر والمكاتب) في المهر، ولا يُباعان؛ لأنَّهما لا يحتملان النقلَ إلى ملكٍ. (وإذنه) أي: إذنُ المولى لبعده بالتزوُّج، سواء عيَّن المرأةُ أو لم يعيَّنْها (ينتظم) النكاح (الفاسد) عند أبي حنيفة رحمه الله، حتى يباع في المهر، ولا يجوز أن يتزوَّج بذلك الإذن أخرى، (كالصَّحيح) أي: كما ينتظم الإذن النكاح الصحيح اتفاقاً. وقالوا: لا ينتظم حتى يجوزُ للعبد النكاح فاسداً أن يتزوَّج به أخرى، فلا¹ يباعُ، بل يؤخذُ المهرُ منه بعد العتق.

قيَّد بإذنه؛ لأنَّه لو وُكِّل بنكاح عبده؛ ينصرفُ إلى الجائر دون الفاسد اتفاقاً. وقيدنا إذنه بنكاحه؛ لأنَّه لو أذن ببيعه؛ ينتظم الفاسد والصَّحيح اتفاقاً. كذا في «الكافي». لهما: إن المقصودَ من النكاح . وهو تحصينه من الزنا . إنَّما يحصل بالجائر دون الفاسد، فيحملُ إذنه المطلق عليه كما في التوكيل بالتكاح.

وله: إنَّ الإذنَ مطلقاً، فينتظم نوعه كما في التوكيل بالبيع، وأمَّا التوكيلُ بالنكاح؛ فإنَّما يقيدُ بدلالة حال الموكِّل. وفي «المحيط»: الوكيلُ بالنكاح الفاسد لو زوَّجه نكاحاً صحيحاً؛ لم يجز، والوكيلُ بالبيع الفاسد إذا باع صحيحاً جاز، والفرق: أنَّ البيعَ الفاسدَ بيعٌ حقيقةٌ؛ لأنَّه يفيدُ حكمه، وهو الملكُ، والنكاحُ الفاسدُ ليس بنكاحٍ؛ لأنَّه لا يفيدُ الحلَّ والملك، ولهذا لا يصحُّ طلاقُها، فلا يصيرُ الوكيلُ به وكيلاً بالنكاح.

(وليس على المولى أن يبوئها) أي: لا يجب عليه أن يهيئَ لأمتِه (منزلَ الزَّوج) ويمكنها² فيه؛ لأنَّ استخدامها حقُّ المولى، وفي التبوئة³ إبطاله. (بل بطأها) زوجها (إذا ظفر بها) ولا يجب عليه نفقتها ما لم يبوئها، ولو شرط أن لا يستخدمها، فبوأها؛ فللمولى أن يرجع؛ لأنَّه أعارَ منافعَ أعضائها من زوجها، والإعارةُ غيرُ لازمةٍ بالشرط، ولو استخدمها المولى نهائياً، وأعادها إلى بيت الزَّوج ليلاً؛ فلها التَّفَقُّة، كالحرةِ إذا هربت من بيت زوجها، ثُمَّ عادتُ إليه.

(ونثبت لها) أي: للأمة إذا تزوجتُ بإذن مولاه، ثُمَّ أعتقت (خيارَ العتق، والزَّوج حرٌّ) وهذه جملةٌ حاليةٌ. وقال الشافعيُّ: لا يثبت لها الخيارُ إذا كان زوجها حرّاً، (كالعبد) أي: كما كان الخيارُ ثابتاً لها إذا كان زوجها عبداً اتفاقاً. وفي قوله: «لها» دلالةٌ على أنَّ المولى لو زوَّج عبده الصَّغيرَ، ثُمَّ أعتقه؛ لا خيارَ له.

له: إنَّها بعد عتقها صارتُ كفواً لزوجها، فلا تتضرَّرُ⁴ بدوام نكاحها، بخلاف ما إذا كان زوجها عبداً؛ لأنَّها تتضرَّرُ⁵ بعدم الكفاءة إن دام نكاحها.

ولنا: إنَّ النبيَّ صلى الله عليه وسلم خيرَ بريرةٍ حين أعتقت وزوجها كان حرّاً⁶.

1 د: ولا.

2 د: وتمكنها.

3 د: التبوئة.

4 د: يتضرر.

5 د: يتضرر.

6 صحيح البخاري، العتق 10؛ الهبة 6؛ الفرائض 18؛ صحيح مسلم، العتق 11-12.

وفي «المحيط»: خيار البلوغ يفارق خيار العتق بأربعة أوجه¹: أحدها: إنَّ الفرقة بخيار البلوغ إنما يقع بالقضاء، وخيار العتق يقع بدونه، والفرق: أنَّ خيار البلوغ إنما يثبت بخلاف في المعقود عليه، فكان² بمنزلة خيار العيب، فافتقر إلى القضاء، وخيار العتق إنما يثبت لها لأنَّ الزوج بعد العتق ملكها بثلاث تطليقات، فلها ردُّ الزيادة من غير قضاءٍ دفعًا للضَّر عن نفسها، فلما لم يمكن رد الزيادة بدون الأصل جاز لها ردُّه. والثاني: إنَّ خيار البلوغ للبكر يبطل بالسكوت إذا بلغت، وقد علمت بالنكاح، وخيار العتق لا يبطل، والفرق: أنَّ سكوت البكر كان رضا بأصل العقد، فجعل رضا بلومه، ولا كذلك سكوت المعتقة. والثالث: إنَّ خيار البلوغ لا يقتصر على المجلس، وخيار العتق مقتصر، والفرق: أنَّ خيار البلوغ لم يثبت بإثبات الرِّوَج، بل لتوهم خلل، وخيار العتق ثبت بإثبات المولى، فيعتبر فيه المجلس كخيار المخيرة. والرابع: إنَّ خيار البلوغ يبطل بالجهل، وخيار العتق لا يبطل، والفرق: أنَّ الحرة تصحب الحرائر، وتقدر على تعلُّم الأحكام، فالجهل كان من تقصيرها، فلا يكون عذرًا، والأمة لا تفرغ³ عن شغل المولى لثُحصَل⁴ علمًا، فجعل جهلها عذرًا كجهل من أسلم في دار الحرب بالشرائع.

وأثبتناه أي: الخيار **(للمكاتبه)** إذا اعتقت. وقال زفر: لا يثبت؛ لأنَّ رضاها شرط كالحرة، فينفذ العقد عليها لمباشرتها به. **ولنا**: إنَّها بعقتها صارت مملوكة بالطلاق الثلاث، وهي لم تكن راضيةً بازدياد الملك عليها، فتختير. وضع في المكاتبه؛ إذ لو رُوج أمته برضاها، ثمَّ اعتقت؛ لها الخيار اتفاقًا؛ لأنَّه لا يُعتبر رضاها حُرًا كان زوجها أو عبدًا. من «الحقائق».

وفي «المحيط»: لو رُوج مكاتبته الصغيرة برضاها، ثمَّ اعتقت؛ فلها خيار العتق إذا بلغت دون خيار البلوغ؛ لأنَّ رضاها في حال الكتابة كرضا البالغة. ولو رُوجها بغير رضاها؛ فالنكاح موقوفٌ على إجازتها، ولو لم تُجز حتى أدت، فعتقت، فأجازت؛ لم يجز النكاح حتى يجيزه المولى. وهذا من أطف المسائل وأدقها، فالوجه فيه: أنَّها قبل العتق كانت أحقَّ بنفسها ومكاسبها كالبالغة حكمًا، وبعد العتق هي صغيرة، والصغيرة الحرة لا يملك إنشاء النكاح، فلا تملك الإجازة وإن لم تعتق⁵، ولكن عجزت بطل النكاح، ولم يجز بإجازة المولى؛ لأنَّه طرأ على الحلِّ الموقوف حلٌّ نافذ، وهو حلُّ المولى، فبطل الموقوف. **(ولو قتل السيد أمته)** المنكوحة، ولم يكن مهرها مقبوضًا **(قبل دخول الزوج؛ فالمهر ساقط)** عند أبي حنيفة. وقال: عليه المهر لمولاها.

ذكر شيخ الإسلام: هذا إذا كان السيد من أهل المجازاة؛ لأنَّه لو لم يكن منه بأن كان صبيًا؛ لا يسقط المهر اتفاقًا. وقال الإمام الصفا: فعل الصبي معتبر في حقوق العباد، فيجوز أن يكون الجواب فيه على الخلاف أيضًا. وفي «المحيط»: كذا لو باعها على وجه لا يقدر الزوج عليها لا يملك مطالبة المهر عنده خلافًا لهما. قيَّد بقتل السيد؛ لأنَّ الأمة لو قتلت نفسها أو قتلها أجنبيًّا؛ لا يسقط المهر اتفاقًا، إلا في رواية عن أبي حنيفة. وقيَّد بالأمة؛ لأنَّ المولى لو قتل زوج أمته؛ لا يسقط المهر اتفاقًا. وقيَّد بقوله: «قبل الدخول»؛ لأنَّ القتل إذا حصل بعده؛ لا يسقط المهر اتفاقًا. كذا في «المصنف». **لهما**: إنَّ الموت مؤكَّد للمهر، فلا يسقط كما لو قتلها أجنبيًّا. **وله**: إنَّ من له البدل منع المعقود عليه عن العاقد قبل التسليم، فيجازى بمنع البدل، كالحرة إذا ارتدت، بخلاف الأجنبي؛ لأنَّه لم يكن مستحقًا للبدل.

¹ د - أوجه.

² ح: وكان.

³ د: يفرغ.

⁴ د: ليحصل.

⁵ د: يعتق.

⁶ ح: قيد.

(وعكسناه) يعني: قلنا: لا يسقط المهر (في قتل الحرّة نفسها قبل الدخول¹) وقال زفر: يسقط؛ لأنها فوتت المبدل قبل التسليم، فيفوت البديل، كما إذا قتل المولى أمته.

ولنا: إن المهر بعد موتها انتقل إلى ورثتها، فلا يسقط، بخلاف قتل المولى أمته؛ لأن المهر له.
(ولو تزوجت بغير إذن) مولاها، (فأعتقت؛ حكمنا بنفاذه) وقال زفر: لا ينفذ نكاحه، بل يبطل؛ لأنه كان موقوفاً على إجازة المولى، والإعتاق ليس بإجازة، وبعد العتق ارتفع ولايته عنها، فيبطل.

ولنا: إن نكاحها منعقد؛ لكونها من أهل العبرة؛ لكن عدم نفوذها كان لحق المولى، فإذا زال حقه بالعتق ينفذ.
ثم الإعتاق إن وُجد بعد دخول الزوج بها؛ فالمهر للمولى؛ لأنه استوفى منافع مملوكة له، فالبديل له، وإن وُجد قبل الدخول بها؛ فالمهر² لها؛ لأنه استوفى منافع مملوكة لها.

وفي «المحيط»: هذا إذا كانت أمة أو مدبرة، وإن كانت أم ولد؛ لا ينفذ النكاح عليها؛ لأن العدة وجبت عليها من المولى كما عتقت والعدة مانعة نفاذ النكاح.

(أو ورثها) أي: الأمة المنكحة بلا إذن (من يحرم عليه) وطفها، كالابن إذا ورثها من أبيها، وكان الأب وطفها، (فأجاز) الوارث ذلك النكاح، (أو اشتراها هو) أي: الأمة المذكورة من يحرم عليه، فأجاز، (أو أنثى) أي: لو اشتريتها أنثى، فأجازت (أجزناه) أي: صح نكاحها الموقوف عندنا. وقال زفر: يبطل.

ويُقال: «من يحرم عليه»؛ لأنه إذا ملكها من يحل له فرجها يفسخ العقد اتفاقاً، ولا يصح إجازة الثاني اتفاقاً³.

له: إن ولاية المولى انقطعت عنها، فيإجازة غيره لا ينفذ.

ولنا: إن المولى الثاني قائم مقام الأول في الملك، فيقوم في الإجازة، بخلاف ما إذا ملكها من يحل له وطفها؛ لأن طرور الحل النافذ على الحل الموقوف يبطله للتناهي بين الحلين في محل واحد، حتى لو وطفها الزوج حال التوقف، ثم باعها المالك؛ صححت الإجازة من الثاني؛ لأن وطء الزوج يمنع ثبوت الحل للمشتري، فلم يرتفع الحل الموقوف. من «المحيط».

(ولو نكح⁴ بغير إذن) مولاها، (ثم طلقها⁵ ثلاثاً، ثم أذن له) مولاها بالتزوج، (ثم جدّد عليها) أي: تزوج ثانياً تلك المطلقة بلا تحليل، (بجيزه) أي: أبو يوسف النكاح الجديد (من غير كراهية) وقالوا: يكره.

ويُقال: «بغير إذن»؛ لأنه إذا تزوجها بإذنه لا يجوز قبل التحليل اتفاقاً.

ويُقال: «ثلاثاً»؛ لأنه لو لم يطلّقها ثلاثاً لا يكره اتفاقاً.

ويُقال: «ثم أذن له»؛ لأنه لو لم يأذن له ثانياً لا يجوز اتفاقاً.

أقول: كان ينبغي للمصنف أن يقول: لو نكح بغير إذن، ثم طلق ثلاثاً، فأجاز، ثم أذن له؛ لأن هذا القيد مأخوذ في «المحيط» و«المنظومة»، حتى ذكر في «شرحه»: لو لم يجز المولى النكاح الأول، ثم أذن له، فترجّحها؛ لا يكره اتفاقاً.

له: إن الطلقات الثلاث صادفت نكاحاً غير منعقد، فيلغو كما لم يجزه المولى.

ولهما: إن الإجازة صحّت من وجه؛ لأنها تستند إلى أصل العقد، وهي إن لم يفد النفوذ حقيقة لانعدام النكاح في الحال؛ ففيها شبهة النفوذ، فأورثت شبهة وقوع الطلاق، فيكره بلا تحليل.

(ولو زوج) المولى (بنته مكاتبه، ثم مات) المولى (لا نفسد النكاح، إلا إذا عجز، فردّ) إلى الرق، فيبطل النكاح اتفاقاً، ولا مهر لها إن لم يكن دخل بها، وإلا؛ فلها المهر في رقبته يبطل منه بقدر حصّتها؛ لأن المولى لا يستوجب على مملوكه شيئاً. من «الحقائق».

وقال الشافعي: يفسد وإن لم يعجز؛ لأنها ملكته بالإرث، ولهذا ينفذ إعتاقها إياه.

¹ د - قبل الدخول.

² ح: فالألف.

³ د - ولا يصح إجازة الثاني اتفاقاً.

⁴ د + هو.

⁵ ح: طلق.

ولنا: إنَّها لم تملكه، وإنَّما يثبت ملكها في بدل الكتابة، وأمَّا إعتاقها؛ فإنَّما ينفذ؛ لأنَّه حرٌّ من وجه لا يحتمل النقل؛ لتضمنه الإبراء عن بدل الكتابة، ثُمَّ يثبت العتق بعده، ولهذا لا يعتق إلا بإعتاق جميع الورثة؛ ليحصل البراءة عن بدل الكتابة.

(وحكم بحريَّة ولد العبد المغرور بالقيمة) يعني: إذا تزوج العبد بإذن مولاه امرأة على زعم أنَّها حرَّة، فولدت منه، ثُمَّ ظهر أنَّها أمة، قال محمد: يأخذها مولاه، ولا يأخذ ولدها، وهو حرٌّ بالقيمة يدفعها بعد العتق قياساً على ولد الحرِّ المغرور، والجامع رعايته جانبي الوالد والمولى، وإليه أشار بقوله: (كالحرِّ) يعني: كما أنَّ الحرَّ إذا تزوج على زعم أنَّها حرَّة، فظهرت أمة؛ كان ولده حرًّا بالقيمة اتِّفاقاً. وقالوا: يأخذها وولدها مولاه، ولا يكون حرًّا بالقيمة؛ لأنَّه كان القياس في ولد الحرِّ المغرور أن يكون رقيقاً؛ لأنَّ الولد يتبع الأم في الرقيَّة، إلا أنَّنا لَمَّا عرفنا إجماع الصحابة على أنَّ ولد الحرِّ المغرور حرٌّ بالقيمة؛ تركنا القياس به، فلا يقاس عليه غيره، مع أنَّ المساواة بينهما منعدمة؛ لأنَّ الحرَّ المغرور يطالب بالقيمة في الحال، والعبد يطالب بها بعد العتق.

(فصل في العيوب)

(ولا نجيز ردها) أي: ردَّ المنكوحه (لجنون² وجذام وبرص ورتق) وهو بفتح التاء: غدَّة أو لحمة في فم الرحم، (وقرن) وهو بسكون الراء: عظم في فم الرحم، كلُّ منهما يمنع دخول الذكر. كذا في «المغرب». وقال الشافعي: يجوز بهذه العيوب ردها؛ لأنَّ كلاً منها يمنع من الاستمتاع طبعاً أو حسناً، فيوجب حقَّ الفسخ، كما إذا وجدت زوجها محبوباً. ولا يزداد على الخمس عنده، وزداد بعضهم، فألحق بها كلَّ عيب يكسر سورة التَّوَاتُق. من «الوسيط».

ولنا: إنَّ الفاتت بهذه العيوب تمام الرضا، وهو ليس بشرط للزوم النكاح، ولهذا يثبت مع الهزل، وما هو مستحقُّ بالعقد. وهو التمكين من الوطء. حاصلٌ من جهتها، ولا يعتبر فوات تمُّتع؛ لإمكانه أن يستمتع من امرأة أخرى، بخلاف ما استشهد به؛ لأنَّ المرأة ليس لها أن تقضي حاجتها من رجل آخر، فيفوت ما هو المقصود من النكاح.

وإذا ردها انفسخ العقد، ولا مهر لها إن لم يكن دخل بها، فإن كان دخل بها قبل العلم بالعيوب؛ فلها مهرٌ مثلها، ويرجع به على من زوجها. وأمَّا النفقة والسكنى؛ فلا تجب إن كانت حائلاً.

والبرص المثبت الخيار عنده: هو الذي لا يقبل العلاج دون أوائله، وكذا الجذام، ولم يعتبر في الجنون أن لا يقبل العلاج. من «الحقائق».

(وأجاز لها رده) أي: أجاز محمد للمرأة أن تردَّ زوجها (بالثلاثة الأول) أي: الجنون والجذام والبرص. وقالوا: ليس لها الرد. له: إنَّ حقَّها من التَّمُّع يفوت بهذه الثلاث، فتتخيَّر، كما لو وجدته محبوباً أو عنيئاً، بخلاف جانبه؛ لأنَّه يمكنه دفع الضَّرر عنه بالطلاق.

ولهما: إنَّ استيفاء حقِّها متصوِّر مع القصور، فلا يثبت لها الخيار حذراً عن إبطال حقِّ الزَّوج، وإنَّما تخيَّرت في الحب والعنة؛ لأنَّ استيفاء حقِّها منه فات بالكليَّة.

(ويؤجل العنين) وهو من لا يقدر على الجماع لمرضٍ أو لكبر سنِّه أو بسحرٍ أو يصل إلى الثيب دون البكر أو لا يصل إلى امرأة واحدة بعينها. (والخصي لا الم محبوب) يعني: لو وجدت زوجها محبوباً، وهو من قطع آتته؛ لا يؤجل؛ لأنَّ العنين إنَّما أجل سنةً ليعرف أنَّ عجزه من خلقه أو من آفة عارضة حتى يزول بمضيِّ الفصول الأربعة، فلا فائدة في تأجيل الم محبوب. (حولاً) وهو مفعول (يؤجل)، يبتدأ من وقت الخصومة، ويحتسب أيام الحيض وشهر رمضان من السنة، لا أيام مرضه أو مرضها. وفي ظاهر الرواية: يؤجل سنةً قمريةً، وهي ثلاثمائة وأربعة وخمسون يوماً. وفي «الدخيرة»: يؤجل بسنة شمسية، وهي زائدة على السنة³ القمرية بأحد عشر يوماً وجزء من مائة وعشرون جزءاً من اليوم، فيجوز أن يوافق طبعه هذه الزيادة، وهو رواية عن أبي حنيفة، ومختار بعض المتأخرين.

(فإن وصل) العنين أو الخصي إلى زوجته، جزاء الشرط المحذوف، وهو: يبقى نكاحه. (وإلا) أي: إن لم يصل (ففرق بينهما بطلبها) أي: بطلب زوجته التفريق. هذا قيد لكلِّ ما سبق حتى لا تفرق⁴ امرأة الم محبوب بدون طلبها.

¹ د: الولد.

² د: جنون.

³ د: سنة.

⁴ ح: يفرق.

وفي «الخانبة»: وإن كانت رتقاء ليس لها حقُّ الفرقة؛ لأنَّ المانع من قبَلها، ولو وصل إليها، ثُمَّ صار محبوبًا أو عنيًّا؛ لا خيار لها؛ لأنَّ حَقَّها في وطأٍ واحدةٍ ليحصل مقصودها من تأكُّد المهر والإحصان، وما زاد على الواحدِ لا يجب عليه حكمًا، ويجب ديانته. ولو تزوج امرأةً عالمَةً بحاله؛ فالأصحُّ: أنَّه لا خيار لها. ولو كانت صغيرةً وزوجها محبوبًا؛ ينتظر إلى بلوغها لاحتقال أن ترضى به، بخلاف ما لو ثبت لها حقُّ الشُّفعة يأخذها ولئِها ولا ينتظر، والفرق: أنَّ حقَّ الشُّفعة ثابتٌ في الحال، وفي تأخيرهِ إضرارٌ لها، وحقُّ قضاء الشُّهوة غيرُ ثابتٍ في الحال.

اعلم أنَّ التَّأجيلَ إنما يثبتُ إذا صدَّق زوجته في عدم الوصول إليها، وأما إن كَذَبها وهي ثيبٌ؛ فيستحلف الزوج؛ لأنَّه ينكُر استحقاقَ الفرقة عليه، فإن حلف؛ فهي امرأته، وإن نكل يؤخَّل سنةً، وبعد مضيِّ السنة إن صدَّقها في عدم الوصول يفرِّق، وإن كَذَبها يُستحلف أيضًا، فإن نكل تخيَّر؛ لتأكُّد¹ دعوى المرأة² بنكول الزوج، وإن حلف ييطلُّ حَقَّها في التَّخيير. وإن كانت بكرًا، فادَّعى الزوج الوصول؛ ينظر إليها النساءُ، فإن قلن: هي بكرٌ؛ يؤخَّل سنةً، وبعد تمام السنة إن قلن: هي بكرٌ؛ يفرِّق، وإن قلن: ثيبٌ؛ يستحلف الزوج؛ لأنَّه لا يلزم من ثبوت الثَّيابة الوصول إليها؛ لاحتقال زوال البكارة بشيءٍ آخر، فإن حلف؛ فهي امرأته، وإن نكل يفرِّق. وفي «الكفاية»: إن يسأل الزوج القاضي أن يؤخِّله سنةً أخرى أو شهرًا لا يفعل ذلك إلا برضا المرأة، وإن رضيت ثُمَّ رجعت؛ فلها ذلك، وييطلُّ الأجل. كذا في «التبيين»³.

(ونجعل الفرقة طلاقًا بانه، لا فسحًا) أي: قال الشافعي: هي فسحٌ حتى لا ينتقص بها عددُ الطلاق؛ لأنَّها فرقةٌ من جهتها؛ لحصولها بطلبها. ولنا: إنَّ هذه الفرقة من جهته؛ لأنَّ التَّسريحَ بإحسانٍ كان واجبًا عليه دفعًا للظُّلم عنها، ولمَّا لم يفعل ناب القاضي منابه، فكان الفعل منسويًا إليه.

(والفرقة) أي: فرقةُ المرأة عن زوجها العتبن بعد إمهال سنةٍ (بتفريق الحاكم) عند أبي حنيفة رحمه الله. (وقالا: بقولها): اخترت نفسي، أو أبنيت نفسي؛ يقع الفرقة؛ لأنَّ الشرع خيرها، فصارت كمخيرة الزوج. وله: إنَّ الملك للزوج، فلا يزول إلا بإزالته، أو بإزالة من يقوم مقامه. (وإذا كان زوج الأمة عنيًّا؛ فالخيار) في تفريقها ثابتٌ (للمولى) عند أبي حنيفة؛ لأنَّ ما هو المقصود من التَّكاح. وهو الولد حقه. (ويجعلها لها) أي: أبو يوسف الخيار للأمة؛ لأنَّ الوطء حَقُّها.

(ومنعنا ردَّ المهر ببيع يسير) وهو ما ينقص مقدار ما يدخل تحت تقويم المقومين. وقال زفر: يردُّ به. قيَّد بالردِّ إشارةً إلى أنَّ المهر مقبوض؛ لأنَّه لو لم يكن مقبوضًا وحدث به عيبٌ سماويٌّ؛ فلها الخيار اتِّفاقًا: إن شاءت أخذته ناقصًا، وإن شاءت أخذت القيمة يوم العقد. وإن حدث بفعل الزوج، فإن شاءت أخذته وقيمة النقصان، وإن شاءت أخذت قيمته اتِّفاقًا. وقيَّد بالمهر؛ لأنَّ ردَّ المبيع ببيع يسير جائز اتِّفاقًا. وقيَّد باليسر؛ لأنَّ الردَّ ببيع فاحشٍ جائز اتِّفاقًا.

هذا إذا لم يكن المهر من ذوات الأمثال، وإن كان منها؛ يردُّ⁴ ببيع يسير اتِّفاقًا. كذا في «المصنف». له: إنَّها إنما رضيت بالمهر سليمًا، فإذا فاتت السَّلامة؛ فلها أن تردَّه كما إذا كان المهر مثلًا وكما في المبيع. ولنا: إنَّ الردَّ غيرُ مفيدٍ؛ لأنَّ التَّكاح لا يفسخ به إذا صدر عن ولايةٍ كاملةٍ، والمهر ليس بمثلٍ حتى يوجد مثله سليمًا، ولا فائدة في إيجاب قيمته أيضًا؛ لأنَّ كونَ قيمته خيرًا منه غيرُ معلوم؛ لأنَّ التقويم لا يخلو عن تفاوتٍ يسيرٍ؛ لأنَّه إنَّما يكون بالظنِّ لا بالتيقن، بخلاف الفاحش؛ لأنَّه لا يدخل تحت التقويم، وكانت قيمته أعدل منه، وبخلاف المبيع؛ لأنَّ الردَّ يوجب إعادة المعوض، فالردُّ فيه مفيدٌ.

(فصل في نكاح أهل الشَّرِك)

(وأجازوا أنكحة الكفَّار) وقال مالك: لا يجوز؛ لأنَّ في نكاحهم شروطُ الجواز منتفية.

¹ د: لتأيد.

² د: امرأة.

³ ح - كذا في التبيين.

⁴ د: ترد.

ولنا: قوله صلى الله عليه وسلم «إنما ولدت من نكاح لا من سفاح»¹، ولولا صحته عقدهم لما قال كذا.
(ولو تزوج بغير شهود أجزناه) يعني: نكاح الكافر بغير حضور شاهدين جائز عندنا. وقال زفر: لا يجوز؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «لا نكاح إلا بشهود»².

(وإذا أسلما أبقيناها) أي: إذا أسلم المتناكحان بغير شهود؛ فنكاحهما باقٍ، فلا يفرق بينهما عندنا. وقال زفر: يفرق؛ لكون نكاحهما غير جائز، وإنما لم يتعرض لهما قبل الإسلام؛ لوجود عقد الذمة، فإذا أسلما وترافعا الأمر إلينا؛ وجب التفريق.
ولنا: إن الإشهاد على النكاح حق الشريعة، وهم قبل الإسلام لا يخاطبون به، ونحن مأمورون بتركهم وما يعتقدون، فإذا جاز نكاحهم يبقى بعد إسلامهم.

(أو بمحرمه) أي: لو تزوج ذمي بذات رحمٍ محرّم (فهو جائز) عند أبي حنيفة، حتى يحكم لها بالنفقة إذا طلبت، ولا يسقط إحصائه إذا دخل بها، حتى لو أسلم بعد ذلك يحد قاذفه. وقالوا: غير جائز، حتى يسقط إحصائه بالدخول بها، ولا يحكم لها بالنفقة. وكذا الخلاف لو تزوج ذمي زوجته المطلقة ثلاثاً أو الخمس أو الأختين.
(وشرط التفريق) إذا تزوج الكافر محرمه عند أبي حنيفة (اتفقهما) أي: اتفقا الزوج والزوجة على التفريق عند القاضي. (وفرقا) أي: قالوا: يفرق الحاكم، وإذا حكما رجلاً؛ فهو كالحاكم المؤل؛ من «الحقائق».

(بينهما بمرافعة أحدهما كإسلامه) أي: كما يفرق بإسلام أحدهما؛ لأن النكاح باطل بانعدام المحلّة، ولهذا لا يورث به، إلا أنّا أمرنا بتركهم وما يدينون، فإذا رفع أحدهما أمره؛ فقد التزم حكم الإسلام، فيفرق بينهما.
وله: إن هذا النكاح صحيح في اعتقادهم، فلا يتعرض لهم في شريعتنا ما داموا على اعتقادهم، ومرافعة أحدهما لا يدل على بطلان اعتقاد الآخر، ولا يمكن الحكم على الرفع؛ لأنه يستلزم الحكم على صاحبه بلا رضاه، ولا ولاية لنا على إلزامهم؛ لأنّنا مأمورون بتركهم وما يدينون، بخلاف إسلام أحدهما؛ لأنّ اعتقاد الآخر لا يعارض الإسلام؛ إذ الإسلام يعلو، وبخلاف ما إذا اتفقا على التفريق؛ لأنّهما أبطلتا اعتقادهما بجواز النكاح. وأما عدم الإرث؛ فلا يثبت بالنص في النكاح الصحيح مطلقاً على خلاف القياس، فلا يقاس عليه هذا النكاح.

(أو في عدة كافر) أي: إذا تزوج كافر معتدّة كافر، ثمّ أسلما؛ (فهو جائز) عند أبي حنيفة. وقالوا: لا يجوز.
اختلف في تخريج قول أبي حنيفة، قال بعضهم: تجب العدة على الذمية من الذميّ عنده، لكن إذا تزوجها في العدة وهم يدينون جواز النكاح في العدة يقع جائزاً، والتمت مشير إلى هذا التخريج، لكنّ الصحيح من التخريج ما روى أبو يوسف عن أبي حنيفة أنّه قال: ليس على الذميّة من الذميّ عدةٌ عنده خلافاً لهما، فعلى هذه الرواية جاز النكاح عنده؛ لعدم مانع العدة، وعندهما: لا لقيام العدة. وضع في الذميّ والذميّة؛ لأنّ الحرّيّ إذا طلق الحرّيّة؛ لا عدة عليها بالاتفاق، ولو كانت الذميّة كتابيةً تعتد من مسلم؛ لم يجز للمسلم ولا الذميّ أن يتزوجها في العدة اتّفاقاً؛ لأنّ العدة تجب ههنا صيانةً لماء المسلم. من «الحقائق».

لهما: إن نكاح معتدّة الغير حرام إجماعاً، وقد التزم أهل الذمة أحكامنا، فيلزمهم هذا الحكم، فيفرق بينهما، وأمّا³ نكاحهم بغير شهود إنّما جاز عندهما كما سبق؛ فلا نحرمةً مختلف فيها، وهم لا يلتزمون أحكامنا بجميع الاختلافات.
وله: إنّ العدة لا يمكن إثباتها حقاً للشريعة؛ لكونهم غير مخاطبين به، ولا حقاً للزوج؛ لأنّه لا يعتدّه، فلم يتحقّق ما يمنع النكاح، ولا يفرق بينهما كما في نكاح ذات الرحم المحرم؛ لأنّ المحرميّة ينافي بقاء النكاح، والعدة لا ينافيه، ألا يرى أنّ المنكوحه إذا وطئت بشبهة؛ فعليها العدة، ولا يفسد النكاح؟
وفي «النهاية»: الاختلاف في التفريق فيما إذا كانت المرافعة أو الإسلام قبل انقضاء العدة، وأمّا إذا كانت بعد انقضائها؛ لا يفرق اتّفاقاً.

¹ مصنف عبد الرزاق؛ 303/7؛ مصنف ابن أبي شيبة، 387/16؛ المعجم الأوسط للطبراني، 80/5؛ المعجم الكبير له، 329/10؛ السنن الكبرى للبيهقي، 190/7.

² لم نجده كذلك، وقد روي بلفظ: «لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل»، انظر: مصنف عبد الرزاق، 196/6؛ صحيح ابن حبان، 386/9. وقال الزيلعي في نصب الرأية 167/3: غريب بهذا اللفظ.

³ د - لهما: إن نكاح معتدّة الغير حرام إجماعاً، وقد التزم أهل الذمة أحكامنا، فيلزمهم هذا الحكم، فيفرق بينهما، وأمّا.

(أو بغير مهرٍ وهما ذميان) يعني: لو تزوج ذميٌّ ذميَّةً على أن لا مهرَ لها؛ (فمهرُ المثل غيرُ لازم) عند أبي حنيفة. (ولو ترافعا) أي: عرض الزوجان أمرهما إلينا، «لو» هذه للوصل. (أو أسلما) وقالوا: لها مهرُ المثل، سواءً ترافعا أو ترفع أحدهما، وكذا في الإسلام. وفي «المحيط»: هذا محمولٌ على ما إذا لم يدينوا وجوب مهر المثل، ولو¹ دانو وجوبه حالة النفي؛ وجب مهرُ المثل اتِّفاقاً. قيَّد النفي بالمهر؛ لأنَّهما لو نفيا النفقة والسكنى ينتفي اتِّفاقاً. وقيَّد المهر بالنفي؛ لأنَّ في السكوت عنه روايتين عن أبي حنيفة: في روايةٍ: هو كالتَّفي، وفي روايةٍ: لها مهرُ المثل اتِّفاقاً. وقيَّد بقوله: «وهما ذميان»؛ لأنَّهما لو كانا مسلمين يجب مهرُ المثل اتِّفاقاً، ولو كانا حريئيين؛ لم يجب شيءٌ اتِّفاقاً إذا أسلما. من «الحقائق».

لهما: إنَّهم التزموا أحكامنا، ومن حكمنا أن لا نكاح إلا بالمهر. **وله:** إنَّ وجوب المهر إن كان حقاً لله، وهما لم يخاطبا به، وإن كان حقَّ المرأة؛ فهي لم تعتقد بوجوبه، ورضيت بتركه، فلا معنى للإيجاب.

(كما حكمنا في الحريئيين) يعني: مهرُ المثل غيرُ لازم كما إذا تزوج الحريان، ونفيا المهر، ثمَّ أسلما، أو ترافعا إلينا؛ لم يحكم لها بشيءٍ² عندنا. وقال زفر: يحكم لها بمهر المثل؛ لأنَّ التَّكاح لم يُشرع إلا بالمال لشرف الإنسان، فوجب العوض وإن نفيا. ولنا: إنَّ إلزامهم متعلِّقٌ لعدم التزامهم حكمنا، فلا فائدة في الإيجاب.

(ولو أمهرها وهما ذميان) أي: لو أمهر ذميٌّ ذميَّةً (خمرًا أو خنزيرًا بعينهما، ثمَّ أسلما) أو أحدهما قبل القبض، (فهما) أي: ما عيَّناه من الخمر والخنزير³ (المهر) عند أبي حنيفة؛ لأنَّ المرأة ملكت عينهما وقت العقد، والإسلام لا يمنع قبضهما، كما لو أسلمت ولها في يد غيرها خمرٌ أو خنزيرٌ، فلها أن يقبضهما تخلُّ الخمر وتطلق الخنزير. قيَّد بالخمر أو الخنزير؛ لأنَّ في الميتة والدم روايتين عن أبي حنيفة.

(أو في الذمَّة) يعني: إذا كان الخمر أو الخنزير دينًا في الذمَّة؛ (فالقِيمةُ فيها) أي: واجبة في الخمر عند أبي حنيفة؛ لأنَّ ملكها في غير المعين إنَّما يحصل بالقبض؛ لأنَّ الدَّين يقضى بمثله، والإسلام ينفيه، فتجب قيمة الخمر لكون تسميتها صحيحةً وقت العقد، وأخذ قيمتها ليس كأخذ عينها؛ لأنَّها من ذوات الأمثال، (ومهرُ المثل فيه) أي: واجبت عنده في الخنزير؛ لأنَّه من ذوات القيم⁴، وأخذ قيمته كأخذ عينه.

(ويوجبه فيهما) أي: أبو يوسف مهر المثل في صورتَي كونهما عينين أو دينين؛ لأنَّ للقبض حكمَ الابتداء، ولو كان ابتداء العقد عليهما عينًا كان أو دينًا؛ وجب مهرُ المثل، فكذا هذا. (لا القيمة) أي: قال محمدٌ: تجب القيمة في الصورتين؛ لأنَّ التَّسمية وقت العقد كانت صحيحةً؛ لكون المسمي مالا عندهم، فلما عجز عن تسليمه بالإسلام؛ يلزمه تسليم قيمته، كما لو تزوج امرأةً على عبد غيره. (ولو أسلمت؛ نعرضُ عليه) أي: على زوجها (الإسلام) وقال الشافعي: لا يعرض؛ لأنَّ في العرض تعرُّضاً له، ونحن مأمورون بأن لا نعرض لأهل الذمَّة، إلا أنَّ ملك التَّكاح قبل الدُّخول لا يتأكَّد، فينقطع عنده بنفس الإسلام، وبعد الدخول يتأكَّد، فيتأخر إلى انقضاء ثلاثِ حيضٍ كما في الطلاق⁵.

ولنا: إنَّ الإسلام لا يصلح أن يكون فارقاً؛ لأنَّه جاء عاصمًا، فيجب العرض، فإن أسلم حصل كلُّ المقاصد، وإلا؛ يقع الفرقُ بإبائه، حتى لو كان زوجها صبيًّا يؤخَّر إلى أن يعقل الإسلام، فإذا عقل عُرض الإسلام عليه؛ لأنَّ حلَّ المتعة فات بكفره، فيخاطب بالإسلام لحقِّ زوجته، والصبيُّ يؤخذ بحقوق العباد. كذا في «المحيط».

(فإن أسلم) فهي امرأته، (وإلا؛ فرَّق) أي: إن لم يسلم فرَّق بينهما القاضي بإبائه عن الإسلام. (ويجعل) أي: أبو يوسف هذا التَّفریق (فسخًا) حتى لا ينتقص من عدد الطلاق. (وقال: طلاقًا بانئًا) وإن لم يكن الزوج الآبي عن الإسلام أهلاً للطلاق، كما إذا كان صبيًّا يعقل.

¹ ح: وإذا.

² د: شيء.

³ د: أو الخنزير.

⁴ د: القيمة.

⁵ د - إلا أن ملك النكاح.

له: إنَّ هذا لو كان طلاقاً؛ لَمَّا تُصَوِّرَ من جهة المرأة، وهو متصوِّرٌ منها، كما إذا أُبْتُ مجوسيةً بعد إسلام زوجها، فيكون فسحاً. ولهما: إنَّ الواجب على الزوج الإمساك بالمعروف أو التَّسريحُ بإحسان بالنصِّ، وبالإبَاء امتنع عن تسريحها بإحسان، فتاب القاضي منابه في التَّسريح، وهو طلاقٌ.

(أو أسلم وهي) أي: والحال أنَّ زوجته (مجوسيةً، فعرض عليها) الإسلام، (فأبت؛ فرَّق) بينهما (بغير طلاقٍ) إنَّما لم يجعل هذا التَّفريق طلاقاً؛ لأنَّها ليست أهلاً للطلاق حتى ينوب القاضي منابها.

قَيَّد بقوله: «وهي مجوسيةٌ»؛ لأنَّها لو كانت نصرانيةً وقت إسلامه، ثُمَّ تمجَّست؛ تكون فرقتها طلاقاً؛ لأنَّها أحدثت زيادةً صفةً للكفر لها أثرٌ في تحريم المتعة، وهي التَّمجُّس، فأثَّر في فساد العقد دون ارتفاعه. كذا في «المحيط».

(ويكون لها) أي: للمرأة التي أبى زوجها عن الإسلام (المهرُ إن دخل) لأنَّه تأكَّد بالدخول بها، (وإلا فلا) أي: إن لم يكن دخل بها؛ فلا مهر لها؛ لأنَّ الفرقة من قبلها.

(وإن ارتدَّ أحدهما) أي: أحد الزوجين عن الإسلام (وقعت الفرقة) بينهما (بغير طلاقٍ. وجعل ردَّته) أي: جعل محمد ردَّة الزوج (طلاقاً).

قَيَّد برده؛ لأنَّ ردَّتها فسحٌ اتفاقاً؛ إلا أنَّ مشايخ بلخ قالوا: ردَّتها لا يؤثِّر في فساد النكاح، ولا يؤمِّر بتجديد النكاح عليهنَّ حسماً لهذا الباب عليهنَّ. وعائمه مشايخ بخارى قالوا: كفرها يفسد النكاح، لكنَّها تجبر على النكاح بزوجه الأول. كذا في «الخلاصة». ومحمدٌ قاسها على إبائه عن الإسلام؛ لأنَّ كلاً منهما وقع باختياره. وأبو يوسف مرَّ على أصله، وجعل ردَّته فسحاً كإبائه. وأبو حنيفة لم يجعل ردَّة الزوج طلاقاً كما جعل إبائه طلاقاً فيما سبق؛ لأنَّ الردَّة منافيةٌ للنكاح، فلا تكون رافعةً له؛ إذ رفعُ الشيء يقتضي سبق وجود المرفوع، والإبَاء لا ينافيه، ولهذا يبقى النكاح بعد الإباء ما لم يفرِّق القاضي.

فإن قيل: لو كان كذلك لَمَّا وقع طلاقُ المرتدِّ امرأته بعد ارتداده مع أنَّه واقعٌ بالاتِّفاق. قلنا: الردَّة تنافي² النكاح حكماً لا حقيقةً؛ لأنَّها لا توجب³ الحرمة المؤبَّدة كالمحرمة، فجعلنا الردَّة فسحاً نظراً إلى الحكم، وأوقفنا طلاقه نظراً إلى ثبوت المحلِّية من حيث الحقيقة عملاً بالشبهين.

اعلم أنَّه لو قال: وإن ارتدَّ أحدهما جعل ردَّته طلاقاً لا فسحاً؛ لكان أخصراً. (فإن كان دخل بها وهو المرتدُّ) أي: والحال أنَّ الزوج مرتدُّ؛ (كَمَل مهرها) ولها النفقة، (وإلا) أي: إن لم يدخلها (نصف) المهر، ولا نفقة لها.

أقول: قوله: «وهو المرتدُّ» زائدٌ لا حاجة إليه؛ لأنَّه كان معلوماً مما سبق أنَّ هذا الحكم للمرتدِّ مع أنَّه موهمٌ أن يكون الدخول مقيِّداً بحالته بعد ارتداده، وليس كذلك؛ لأنَّ الدخول لو وُجِدَ قبل ارتداده يكملُ مهرها.

(أو هي) أي: إن ارتدَّت الزوجة (قبل الدخول؛ فلا مهر لها، ولا نفقة) لأنَّه لا عدَّة لها، وإن كانت مدخولاً بها؛ فلها مهرٌ ولا نفقة؛ لأنَّ الفرقة من قبلها.

(ولو ارتدَّا معاً، وأسلما؛ أبقينا نكاحهما) لَمَّا روي أنَّ بني حنيفة ارتدُّوا في زمن أبي بكر رضي الله عنه، ثُمَّ أسلموا، فلم يأمرهم بتجديد النكاح.

فإن قيل: إنَّ ارتدادهم ما وُجِدَ جملةً إجمالاً، فكيف يستدلُّ به؟

قلنا: لَمَّا جهل التاريخ؛ جعل كأنَّه وُجِدَ جملةً.

وقال زفر: يبطلُ نكاحهما؛ لأنَّ الردَّة ينافي النكاح، وردَّة⁴ أحدهما يوجب الفرقة، فردَّتهما أولى.

قَيَّد بقوله: «معاً»؛ لأنَّه لو أسلم أحدهما بعد ارتداد صاحبه فسدَّ النكاح اتفاقاً⁵.

¹ د: رافع.

² د: ينافي.

³ د: يوجب.

⁴ ح: فردة.

⁵ د - اتفاقاً.

(ونحكم بالفرقة حال الردة) أي: ردُّ أحد الزوجين عن الإسلام بلا تأخيرٍ قبل الدخول وبعده، (والتفريق بالإباء) أي: نحكمم بالتفريق بينهما بإباء الزوج عن الإسلام حين أسلمت زوجته. (وخرج المهاجرة إلينا) يعني: إذا هاجرت حربيَّةً إلى دار الإسلام من غير إسلامها ومن غير قصد المراغمة لزوجها؛ يقع التفريق بالخروج عندنا. (لا بانقضاء العدة في المدخول بها) يعني: قال الشافعيُّ: الزوجة إذا كانت مدخولاً بها يقع الفرقة في الصورة المذكورة بانقضاء الأقرء كما في الطلاق؛ لأنَّ ملك النكاح تأكَّد بالدخول، وإن كانت غير مدخول بها؛ يقع الفرقة في الحال بالردَّة وإسلامها بدون عرض الإسلام على زوجها، وبخروجها مهاجرة؛ لأنَّ النكاح لم يتأكَّد بالدخول. قيَّدنا المهاجرة بالقيدين؛ لأنَّها لو خرجت مراغمةً لزوجها أو مسلمةً؛ وقع الفرقة اتِّفاقاً؛ لتباين الدارين عندنا، ولقصد المراغمة والاستيلاء على حقِّ الزوج عنده. كذا في «المصنفى».

ولنا: إنَّ سبب الفرقة من الردَّة والإباء والهجرة متى تحقَّق؛ يثبت الحكم عقبيه ولا يتأخَّر، كما في الرضاع يثبت الحرمة عقبيه. (والمهاجرة لا عدة عليها) عند أبي حنيفة. وقالوا: عليها العدة؛ لأنَّ الفرقة وقعت بالدخول في دار الإسلام، فيلزمها حكم الإسلام.

وله: إنَّ العدة لحرمة ملك النكاح، وتباين الدارين لم يبق النكاح، فلا تجب العدة. ثمرة الخلاف تظهر في أنَّ الحربيَّة إذا دخلت دار الإسلام بعد الإسلام؛ لم يلزم الحربي ولدها عنده؛ لعدم العدة، إلا أن تأتي به لأقلَّ من ستَّة أشهر، وعندهما: يلزمه إلى سنتين لقيام العدة. من «الحقائق»¹. قيَّد بالمهاجرة؛ لأنَّه لو هاجر زوجها لا تجب العدة اتِّفاقاً، حتى له أن يتزوَّج بأختها وأربع سواها للحال اتِّفاقاً. من «الحقائق». (كالمسيبة) أي: كما أن لا عدة على المنكوحه التي سببت إلى دارنا اتِّفاقاً. (وإن كانت) المهاجرة إلينا (حاملاً؛ فحتى تضع) أي: فلا يجوز نكاحها حتى تضع حملها؛ لأنَّ ولدها ثابت النسب من الغير، وذا يمنغ جواز النكاح، كأم الولد إذا حبلت من مولاه.

(وإذا أسلمت في دار الحرب، أو أسلمت وتحتة مجوسية؛ بانث منه بانقضاء ثلاث حيض) حتى لو أسلم الآخر قبل مضيها لم تبين، وإنما جعلنا البيونة بالانقضاء؛ لأنَّ نفس الإسلام لا يصلح سبباً للفرقة، ولا قدرة لنا على عرض الإسلام على زوجها أو المجوسية، فأقمنا شرط البيونة في الطلاق الرجعي. وهو ثلاث حيض. مقام تفريق القاضي؛ لمساس الحاجة إلى تخليص المسلم عن مذلة الكافر، وهذه الحيض لا يكون عدة، ولهذا يستوي فيها المدخول بها وغير المدخول بها، وغير المدخول بها لو هاجرت إلينا بعد انقضائها؛ يجب عليها العدة عندهما، ولا تجب عنده.

ذكر في «السير الكبير»: إنَّ هذه الفرقة طلاقٌ عندهما؛ لأنَّ انصرام هذا المدة بدل عن قضاء القاضي، فيقوم مقامه. وروي عنهما: إنَّها فرقةٌ بغير طلاق؛ لأنَّها وقعت حكماً لا بتفريق القاضي، فكانت بمنزلة ردة الزوج.

(ونجعل تباين الدارين سبب الفرقة) يعني: إذا خرج أحد الزوجين إلى دار الإسلام تقع الفرقة بينهما بسبب تباين الدارين عندنا. (لا السبي) أي: قال الشافعيُّ: سببها السبي، حتى لو سبها معاً لم يقع الفرقة عندنا، ويقع عنده. ولو سبها أحدهما؛ يقع الفرقة اتِّفاقاً. عندنا لتباين الدارين، وعنده للسبي. وإن خرجا معاً بلا سبي؛ لا يقع اتِّفاقاً.

له: إنَّ السبي يقتضي صفاء الملك للسببي، وهو يستلزم انقطاع ملك النكاح، وتباين الدارين إنَّما يؤثِّر في انقطاع الولاية، وهو لا يبطل النكاح، حتى لو خرج الحربي المستأمن إلينا لا تبين امرأته.

ولنا: إنَّ مصالح النكاح مع تباين الدارين حقيقةً وحكماً لا ينتظم، فشابه المحرمية، والسبي يوجب ملك الرقبة، وهو لا يبطل النكاح، كما إذا اشترى أمة منكوحة للغير. وإنَّما لم تبين امرأة المستأمن؛ لأنَّه في داره حكماً، ونعني بالتباين حكماً: أن يثبت لمن هاجر إلينا أحكام دارنا على الإطلاق، بأن هاجر إلينا مسلماً أو ذمياً، وأما إذا لم يثبت كذلك، بل يثبت من وجهٍ دون وجهٍ؛ لا يقع الفرقة.

(وإذا أسلم زوج الكتانية؛ بقي النكاح) لأنَّ تزوجها كان جائزاً ابتداءً، فبقاؤه يكون أولى.

(ولا يجوز نكاح المرتدة والمرتدة) لإجماع الصحابة عليه.

(ويتبع الولد خير الأبوين ديناً) أي: للمسلم منهما نظراً له.

¹ ح - من الحقائق.

² ح: وكان.

³ د: تقع.

فإن قلت: كيف يصحُّ هذا التعميمُ ولا وجودَ لنكاحِ مسلمةٍ مع كافرٍ؟

قلنا: هذا محمودٌ على حالة البقاء، بأن أسلمت، فجاءت بولدٍ قبل عرض الإسلام على زوجها.

(ويتبع الكتابي منهما، لا المجوسي) يعني: إذا كان أحدُ أبوي الولد كتابيًا والآخرُ مجوسيًا؛ يتبع الكتابي؛ لأنَّ المجوسيَّ شرٌّ

منه، وفائدته يظهر في أكل ذبيحته، وجوازِ مناكحته.

(ولو أسلم وتحتته خمس) نسوةً فصاعدًا (أو أختان، أو أمٌ وبنْتٌ؛ بطل النكاح) إن كان تزوجهن بعقدٍ واحدٍ، فيفترقُ بينه

وبينهنَّ، (فإن رتب) أي: إن كان تزوجهنَّ على التعاقب (فالأخير) أي: يبطل النكاح الأخير، وهو نكاح الخامسة، أو نكاح الأربع لو

نكح واحدةً، ثمَّ أربعًا، والأخت الأخيرة، والثانية من الأمِّ والبنْت إذا لم يدخل بهما.

(وخيرَه) أي: محمدُ المسلم (في اختيار أربع) من نسوته (مطلقًا) أي: رتب تزوجهنَّ أو لم يرتب، (وإحدى الأختين والبنْت)

أي: يختار البنْت لكون نكاحها صحيحًا دون الأمِّ؛ لأنَّ الأمَّ حرمتُ بالعقد على البنْت.

فإن قلت: إذا لم يكن التخييرُ ثابتًا في البنْت وأمِّها، كيف عطف البنْت على ما قبله؟

قلت: هذا من باب التعليل، كقوله تعالى حكاية عن قوم شعيب: ﴿لَنُخْرِجَنَّكَ يَا شُعَيْبُ وَالَّذِينَ آمَنُوا مَعَكَ مِنْ قَرْيَتِنَا أَوْ لَتَعُوذُنَّ

فِي مَلْبَأِنَا﴾ [الأعراف، 88/7]، أدخلوا شعيبًا بحكم التعليل في العود إلى ملتهم، مع أنه لم يكن من ملتهم قط.

فقدنا بعدم الدخول بهما؛ لأنه لو دخل بهما وقد تزوجهما في عقدٍ؛ يبطل نكاحهما؛ لثبوت حرمة المصاهرة، وكذا إن دخل

بالأمِّ دون البنْت؛ لأنَّ الأمَّ حرمتُ بالعقد على البنْت، والبنْت حرمتُ بالدخول بالأمِّ. وإن دخل بالبنْت دون الأمِّ؛ فله أن يتزوج البنْت

دون الأمِّ؛ لأنَّ مجرد عقد الأم لا يوجب حرمة البنْت، وإن تزوجهما في عقدتين؛ فنكاح الأولى جائزٌ إن دخل بالأولى، وإن دخل بالثانية.

فإن كانت الأولى بنتًا؛ فسد نكاحهما؛ لأنَّ الأمَّ حرمتُ بالعقد على البنْت، والبنْت حرمتُ بالدخول بالأمِّ، وإن كانت الأولى أمًّا؛ فنكاح

البنْت صحيحٌ؛ لأنَّ الدخول بالبنْت يحرمُ الأمَّ، والعقد على الأم لا يحرم البنْت. كذا في «المصنف».

له: إنَّ الكفار لا يخاطبون بالشرائع، فتصحُّ أنكحتهم، وإنما وقعت الفرقة بعراض الإسلام، فخبر كما لو طلق إحداها بغير

عين.

ولهما: إنَّ الكفار مخاطبون بالمحرمات، فأنكحتهم فاسدة، إلا أنا مأمورون بأن لا نتعرض، فإذا أسلموا يجب التعرض لهم،

كما إذا نكحوا محارمهم.

(ويحكم) أبو يوسف (بالفرقة بين مسلمٍ معه نصرانيةً) وهي زوجته (تمجسا) أي: صارا مجوسيين؛ لأنَّ الزوج لا يفترق على

المجوسية، بل يجزى بالسيف على الإسلام، والمرأة تقرُّ عليها، فصار كردة الزوج وحده، (كما لو تهودا) أي: صار المسلم زوجته

يهوديتين يفترق بينهما اتفاقًا. (وخالفه) أي: قال محمدٌ: لا يقع الفرقة؛ لأنَّ سبب الفرقة حصل منهما جميعًا، فصار كالزوجين المسلمين

إذا ارتدَّا معًا لا يقع الفرقة، وإذا ارتدَّ أحدهما؛ وقعت للمنافاة، بخلاف ما لو تهودا؛ لأنها لو تهودت وحدها لم تقع¹ الفرقة؛ لأنَّ اليهودية

محلُّ النكاح، والمجوسية ليست كذلك.

(فصل) في القسم

وهو بفتح القاف: قسمة الزوج بيتوته بالتسوية بين النساء لا مجامعته؛ لأنها تبتنى على النشاط، وهي نظيرُ المحبة، فلا يقدرُ

على اعتبار المساواة فيها.

(ويعدل) الزوج وإن كان محبوبًا أو صغيرًا (بين الخرتين) الزوجتين (في القسم مطلقًا) أي: سواء كانت إحداها بكرًا والأخرى

ثيبًا؛ لما روى أبو هريرة: أنه صلى الله عليه وسلم قال: «من كان له امرأتان، فمال إلى إحداها في القسم؛ جاء يوم القيمة وشقه مائل»²

أي: مفلوج، ولا يسقط وجوب القسم بمرضه ولا بمرضها؛ لما روي: أنه صلى الله عليه وسلم استأذن نساء في مرضه أن يكون في بيت

عائشة³.

¹ ح: يقع.

² سنن أبي داود، النكاح 37-38؛ سنن النسائي، عشرة النساء 2؛ سنن الدارمي، النكاح 24.

³ صحيح البخاري، الجماعة 11؛ المغازي 78؛ صحيح مسلم، الصلاة 92.

(ونأمرة) أي: الزوج (بالتسوية) بين نسائه قديمةً كانت أو جديدةً. (لا بأن يقيم) أي: قال الشافعي: يقيم الزوج (عند البكر الجديدة سبعاً) أي: سبع ليالٍ، (والثيب ثلاثاً، ثُمَّ يستأنف) الزوج في القسم على التسوية¹، وهو عطفٌ على قوله: «يقيم». له: قوله صلى الله عليه وسلم: «من تزوج بكرةً على امرأةٍ عنده؛ يقيم معها سبعةً أيام، وإن تزوج ثيباً؛ يقيم عندها ثلاثةً أيام، ثُمَّ يستأنف القسم بينهما»².

ولنا: إطلاق ما روينا من حديث أبي هريرة رضي الله عنه، ويكون معنى ما رواه: الدورُ على السبع أو الثلاث في القسم بالتسوية بينهما جمعاً بين الحديتين.

(ويقسم للريقة مع الحرّة الثلث) يعني: من كان له منكوحتان حرّةً وأمةً؛ يقسم ثلاث ليالٍ بينهما، فللحرّة الثلثان، وللأمة الثلث؛ لورود الأثر بذلك، وإنما عدل عن لفظ الأمة إلى الريقة؛ ليشمل الأمة والمكاتب والمدبرة وأُمّ الولد؛ لأنّ الرقّ فيهن قائمٌ (ويسافر بمن شاء) من نسائهن؛ لأنّ حقهنّ يسقطُ بالمسافرة، ولهذا جاز له الخروجُ بغير إذنهنّ، وإذا سافر بواحدةٍ منهنّ، فقدم من السفر؛ لا تحتسب مدّة سفره معها عليها؛ لأنّه لم يوفّ حقّها، بل صار متبرعاً، بل يسوّي بينها وبين غيرها في القسم. (ويستحب أن يقرع) بينهما، فيسافر بمن خرجت قرعتها تطيباً لقلوبهن، (ولا نوجبهما) أي: القرعة. وقال الشافعي: تجب؛ لما روي أنّه صلى الله عليه وسلم إذا أراد سفرًا قرع بين نسائه³.

ولنا: إنّ ذلك يدلُّ على الاستحباب لا على الوجوب؛ إذ لا حقّ لهنّ في القسم عند السفر. وفي «النهاية»: لو أقام عند إحداها شهراً في غير السفر، ثُمَّ خاصمته الأخرى؛ يؤمّر بأن يعدلّ بينهما في المستقبل، وما مضى فهو هدراً، لكنّه آثم فيه، ولو عاد إلى الجور بعدما نهاه القاضي عزّره.

(ويجوز أن تترك قسمها لصاحبها) لما روي أنّ سودة زوجة النبي صلى الله عليه وسلم وهبت يوم نوبتها لعائشة⁴. (وأن ترجع فيه) أي: في قسمها بعد تركها؛ لأنّ حقّها في القسم لم يكن ثابتاً بعد، فيكون مجرد وعدٍ، فلا يلزم.

(كتاب الرضاع)

بفتح الراء وكسرهما: مصّ الرضيع من ثدي الأممي في مدة الرضاع.

(ونعلق التحريم بمطلقه) أي: بمطلق الرضاع قليلاً كان أو كثيراً (في المدّة) أي: في مدة الرضاع. قيّد بها؛ لأنّ الرضاع بعدها لا يفيد التحريم؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «لا رضاع بعد الفصال»⁵. وأما لو فطم الصبي عن اللبن، واستغنى بالطعام عنه، ثُمَّ أُرضع في المدّة؛ يثبت به الحرمة في ظاهر الرواية، وفي روايةٍ عن أبي حنيفة: لا يثبت به؛ لأنّ اللبن بعده لا يغذيه، فلا يحصل به البعوضة. وقيل: لا يباح شرهه إذا استغنى به. كذا في «النهاية».

(لا بخمس رضعات) أي: قال الشافعي: إنّما يثبت التحريم بخمس رضعاتٍ في خمس أوقاتٍ يكتفي الصغير بكلِّ واحدةٍ منها، حتى لو حصلت خمس رضعاتٍ في ساعةٍ واحدةٍ؛ لا يثبت الحرمة عنده. من «الحقائق».

وفي «الوسيط»: لا ينقطع التواصل بأن يلفظ الصبي الثدي ويلهو لحظّة، ولا بأن يتحوّل من ثدي إلى ثدي؛ لأنّ ذلك إتمام رضعةٍ واحدةٍ، وإنما ينقطع بالاحتراز ساعة⁷؛ لما روي عن عائشة رضي الله عنها أنّها قالت: «كان فيما أنزل في القرآن: عشر رضعاتٍ معلوماتٍ، يحرمن، فنسخن بخمس رضعاتٍ معلوماتٍ يحرمن، وكان ذلك مما يتلى بعد رسول الله.

ولنا: إطلاق قوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ﴾ [النساء، 23/4].

(وهي) أي: مدّة الرضاع (ثلاثون شهراً) عند أبي حنيفة. (وقالا: سنتان). هذا الخلاف في حرمة الرضاع، أما استحقات أجر الرضاع؛ فمقدّر بحولين اتِّفاقاً.

لهما: قوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضَعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾ [البقرة، 233/2].

¹ د: التسوية.

² لم نجده إلا في لسان الحكام لابن الشحنة، 322/1.

³ صحيح البخاري، الهبة 14؛ النكاح 96؛ صحيح مسلم، فضائل الصحابة 88.

⁴ صحيح البخاري، الهبة 14؛ صحيح مسلم، الرضاع 14.

⁵ د - في.

⁶ مصنف عبد الرزاق، 416/6؛ 464/7.

⁷ د - وفي الوسيط: لا ينقطع.

وله: قوله تعالى: ﴿وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا﴾ [الأحقاف، 15/46]، ذكر شيئين، وهما الحملُ والفصلُ، وضرب لهما مدّة ثلاثين شهرًا، فكانت¹ لكلٍّ واحدةٍ منهما بكمالها كالأجل المضروب لدينيين، لكن مدّة الحمل انتقصت بالدليل، وهو قول عائشة رضي الله عنها: الولد لا يبقى في بطن أمه أكثر من سنتين ولو بقدر ظن مغزل، والظاهر أنّها قالته سماعًا؛ لأنّ المقادير لا يهتدى² إليها بالرأي، فبقي مدّة الفصال على ظاهره، ويحملُ قوله تعالى: ﴿يُرْضِعُنَّ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ﴾ [البقرة، 233/2] على مدّة استحقاق الأجرة، حتى لا تجب نفقة الإرضاع على الأب بعد الحولين.

(ونفيًا الثالث) أي: قال زفر: مدّة الرضاع ثلاث سنين؛ لأنّ الفطام بعد الحولين لا يحصلُ في ساعةٍ، بل على التدرّج، فلا بُدَّ من مدّة يتعوّد الصبي فيها الطعام، وينسى اللبن، فُقِدَرِ بالحول؛ لاشتماله على الفصول الأربعة.

(فإذا³ أرضعت صبيّة؛ حرمت) الصبية (على أصول زوجها وأصولها وفروعها وأخواتها) لأنّ المرصعة تكون أماً للصبيّة، وزوجها الذي أنزل اللبن بالولادة منه يكون أبًا لها، وأصولها وأصول زوجها يكون أصولًا للصبيّة، وفروع المرصعة والزوج يكون إخوة وأخوات لها، فتحرمُ الصبيّة على هؤلاء كما في النسب؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «يحرمُ من الرضاع ما يحرم من النسب»⁴. وفي «المحيط»: لو ولدت من زوج، وأرضعت ولدها، ثمّ ييس، ثمّ درّ لها اللبن، فأرضعت صبيّة؛ لا يثبت بين زوجها وبين رضية اللبن الثاني حرمة الرضاع؛ لأنّه ليس بلبن ذلك الفحل.

(وإذا رضع صبيان من امرأة؛ كانا أخوين) لأبٍ وأمٍّ للنسبة إلى زوج نزل لبثها بالولادة منه، ولو مات زوجها فتزوّجت آخر، فولدت منه، فأرضعت صبيًا آخر؛ كانا أخوين لأمٍّ، ولو كان لرجل زوجتان ولدتا منه، ثمّ أرضعت كلٍّ منهما صغيرًا؛ صار الرضيعان أخوين لأبٍ.

(وإن اجتمعا) أي: الرضيعان (على لبنٍ شاة؛ فلا رضاع) لأنّ حرمة الرضاع مختصّة بلبن الإنسان بطريق الكرامة. (ولا نعتبر اللبن إذا غلبه ماء، أو دواء، أو لبن شاة) وقال الشافعي: اللبن إذا لم يكن مغلوبًا بحيث لا يتغذى به أصلًا؛ يتعلّق به التّحرّم؛ لوجود تناول لبن المرأة.

ولنا: إنّ المغلوب في مقابلة الغالب كالمعدوم، كما لو حلف لا يشرب لبنًا، فتناول لبنًا مغلوبًا بالماء؛ لا يحنث. فإن قيل: قطرة خمير إذا وقعت في حبّ ماءٍ ينجّسه، فلم اعتبر المغلوب فيه؟ قلنا: الماء إذا لم يبلغ حدّ الكثرة؛ فهو قليل، والنجاسة أيضًا قليلة، فتعارضتا، فيرجح⁵ جانب النجاسة احتياطًا، بخلاف اللبن؛ لأنّ التّقدير لم يرد فيه.

(وإن امتزج) لبنُ امرأةٍ (بلبن امرأةٍ أخرى) وفي مقداريهما تفاوت (علّقه بهما) أي: محمّد التّحرّم باللبنين، (وهو) أي: قولُ محمد (رواية) عن أبي حنيفة. (وهما بأغلبهما) أي: قال: يتعلّق التّحرّم بأكثرهما. قيّد بالامتزاج؛ لأنّ عند عدمه لا يتأتّى الخلاف. له: إنّ الجنس لا يغلب الجنس، ولكن يقوّيه، فيثبت لكلٍّ منهما حكم نفسه. ولهما: إنّ الأقلّ جعل تابعًا للأكثر في الحكم كما في اللبن المخلوط بالماء. قيل: الأصحُّ قولُ محمد.

(وامتزاجه بالطعام لا حكم له وإن غلب) أي: إذا جعل لبنُ المرأة في الطعام، واللبنُ غالبٌ عليه، فأكله الصبي؛ لا يثبت به حرمة الرضاع عند أبي حنيفة، (كالمطبوخ) أي: كما لا يثبت باللبن المطبوخ الغالب على الطّعام اتّفاقًا. وقال: تثبت⁶. قيّد بالغلبة؛ لأنّ اللبن لو لم يكن غالبًا لا يثبت حرمة الرضاع اتّفاقًا. وقيّد بالطعام؛ لأنّه لو خلط لبنُ امرأةٍ بلبنٍ بهيمةٍ أو بماءٍ واللبنُ غالبٌ؛ تثبت⁷ الحرمة اتّفاقًا.

¹ د: وكانت.

² د: تهتدى.

³ د: وإذا.

⁴ صحيح البخاري، الشهادات 7؛ صحيح مسلم، الرضاع 9.

⁵ د: فترجع.

⁶ ح: يثبت.

⁷ ح: يثبت.

لهما: إنَّ المغلوب كالمعدوم، ولهذا قالوا: شرب الخمر المغلوب بالماء لا يوجب الحَدَّ حتى يسكر.
وله: إنَّ المائع إذا خلط بغيره؛ يكون تابعاً له؛ لأنَّ غير المائع أشدُّ استمسكاً، فيكون المقصودُ التغذي بالطعام لا باللبن، وإن كان اللبن يتقاطر عند حمل اللقمة. هذا هو الأصحُّ. كذا في «الكافي».

(ونحرِّمُ به بعد موتها) يعني: إذا رضعتُ صبيَّةً لبنَ مرضعةٍ بعد موتها؛ يثبتُ به الحرمةُ عندنا. وقال الشافعيُّ: لا يثبتُ.
قيد بقوله: «به» أي: بالرضاع؛ لأنَّ اللبنَ لو حُلِبَ قبل موتها، فشربه الرضيعُ بعده؛ يثبتُ به الحرمةُ اتِّفاقاً؛ لأنَّ المرأةَ كانت قابلةً للحكم عند حدوث اللبن.

وفائدة الخلاف يظهرُ فيما إذا كان للرضيعة زوجٌ، فإنَّه يصير صهرًا للميتة، ويجوز له دفنُها وتيمُّمُها إذا لم يوجد من يغسلُها.
له: إنَّ المرضعةَ هي الأصلُ في ثبوت الحرمة، ثمَّ يتعدَّى منها إلى غيرها، والميتةُ صارت كالجماد، فلا يتعلَّقُ بها حكمٌ، ولهذا وطَّها لا يثبتُ حرمة المصاهرة.

ولنا: إنَّ سبب الحرمة شبهة الجزئية باعتبار النماء باللبن، وهذا المعنى قائمٌ باللبن بعد موتها، وحرمة المصاهرة إنَّما كانت باعتبار الجزئية الحاصلة بالولد، والميتة لم يبق محلًّا للحرث، ولم يوجب وطئها الحرمة.

(ويتعلَّقُ) التحريم (بلبن البكر) لأنَّ لبنها يغذي الرضيع، فيثبتُ به شبهة الجزئية. (لا بلبن الرجل) لأنَّه ليس بلبن حقيقةً؛ لأنَّه إنَّما يتولَّد ممن يُصوَّرُ منه الولادة. (ولا بالاحتقان) أي: احتقان الصغير باللبن؛ لأنَّ النماء المثبت للجزئية إنَّما يحصلُ به إذا وصل إلى المعدة.

(ولو كانت ذات لبن، فطلقت، وانقضت عدتها، فتزوجت آخر، فحبلت، وأرضعت) صبية؛ (فحكمه من الأول) أي: حكم الرضاع من الزوج الأول عند أبي حنيفة (حتى تلد) فإذا ولدت عُلم أنَّ اللبن من الثاني؛ لأنَّ كون اللبن من الأول كان متيقنًا، وكونه من الثاني مشكوكٌ، واليقين لا يزول بالشك. (ويثبتته) أي: أبو يوسف حكم الرضاع (من الثاني إن كان) اللبن (رقيقًا) لأنَّ القديم يكون غليظًا. (لا منهما) أي: قال محمدٌ: يثبت الحرمةُ منهما احتياطًا؛ لاحتمال كونه منهما.

وضع في حال الحمل؛ لأنَّها إذا ولدت؛ فاللبن من الثاني دون الأول اتِّفاقًا، وكذلك إذا لم تحبل من الثاني بعد؛ فاللبن من الأول دون الثاني اتِّفاقًا. من «الحقائق».

(ولو أرضعت امرأته الكبيرة الصغيرة؛ حرمتا) لأنَّ الصغيرة تصيرُ بنتًا للكبيرة رضاعًا، فحرم الجمعُ بينهما. (فإن لم يدخل بالكبيرة) زوجها؛ (فلا مهر لها) لأنَّ الفرقة جاءت من جهتها، كما لو ارتدت قبل الدخول، (فينصف مهر الصغيرة) لأنَّ الفرقة حصلت قبل الدخول لا من جهتها، وارتضاعها لا يُعتبر وإن كان فعلها؛ لأنَّها ليست من أهل المجازاة، كما لو قتلت مورثها. (ويرجع به) أي: الزوجُ بنصف المهر (على الكبيرة). ونشرطُ (له) أي: للرجوع (تعمُّد الإفساد) حتى لو لم تتعمَّد الكبيرة الإفساد؛ فلا شيء عليها. وقال الشافعيُّ: يرجعُ عليها تعمُّد أو لم تتعمَّد، وتعمُّد الإفساد إنَّما يكون إذا أرضعتهَا بلا حاجة، وتعلم¹ أنَّها منكوحته، وأنَّ الإرضاع مفسدٌ، فإن فات منها شيءٌ؛ لا تكون متعمدةً، فالقولُ في ذلك قولها.

فإن قيل: الجهلُ بحكم الشرع لا يعتبر في دار الإسلام، فكيف اعتُبر هنا؟

قلنا: الجهلُ لم يُعتبر لدفع الحكم، وإنَّما اعتبرنا لدفع قصد الفساد الذي به يصيرُ الفعلُ تعديًا.

وفي «النهاية»: لو قَبِل الابنُ امرأةَ أبيه، وقال: تعمَّدتُ الفساد؛ يرجعُ الأبُ عليه بما وجب عليه من الصَّداق، ولو وطئها، وقال: تعمَّدتُ الفساد؛ لا يرجعُ؛ لأنَّه وجب عليه حدُّ الزنا، فلا يغرمُ شيئًا آخر.

له: إنَّها أتلفت نصفَ المهر عليه، فتضمنتُ، كما يضمنُ شهوُّ الطلاق قبل الدخول إذا رجعوا.

ولنا: إنَّها أتلفت بالنسب لا بالمباشرة؛ لأنَّ التكاخ فسد من الجمع بين الأمِّ والبنت، لا من نفس الإرضاع، والضمانُ بالنسب موقوفٌ على التعدي كحفر البئر، وهي إنَّما تكون متعمدة إذا قصدت الإفساد.

(ولو أرضعتها) أي: الرضيعتين الزوجيتين (أجنبيةً على التعاقب؛ حرمتا) على زوجها، (ولا نخص الثانية) وقال الشافعيُّ:

يفسدُ نكاحُ الثانية فقط.

قيد بالتعاقب؛ لأنَّها لو أرضعتها معًا يفسدُ نكاحها اتِّفاقًا.

¹ د: ويعلم.

له: إنَّ الأختية ثبتت¹ بارتضاعها، فيتحقق² الحرمة في حثها.

ولنا: إنَّ المفسد ثبوت الأختية، وهما فيه على السواء.

(ولو قال) الزوج مشيراً إلى زوجته: (هذه رضيعتي) أي: أختي من الرضاع، (ثم اعترف بالخطأ) أي: قال: أخطأت، (نصدقه

فيه) أي: الزوج في اعترافه ذلك. وقال الشافعي: لا يصدّق، بل يفرّق بينهما.

وفي «الحقائق»: الخلاف فيما إذا لم يثبت على هذا القول؛ إذ لو ثبت عليه بأن قال: هو حقٌّ، ثمَّ قال: أوهمت؛ لا يصدّق اتِّفاقاً، ولا يقتصر هذا على المجلس، حتى لو كان الإقرار في وقتٍ، وقوله: أخطأت بعد عشر³ سنين يعتبر، وعلى هذا لو قال لأجنبيّة، ثمَّ أراد أن يتزوجها.

له: إنَّه أقرَّ بسبب الحرمة، فلا يصدّق في رجوعه عنه، كما لو أقرَّ بطلاقها ثمَّ رجع.

ولنا: إنَّه أقرَّ بما يجري فيه الغلط، وهو الرضاع؛ لأنَّه أمرٌ مخفيٌّ، فيصدّق لكونه معذوراً، وكذا في النسب، حتى لو قال: هذه

أختي، وليس لها نسبٌ معروفٌ، ثمَّ قال: أوهمت؛ صدّق. كذا في «شرح الوافي».

(ولا يثبت الرضاع إلا بشهادة رجلين أو رجلٍ وامرأتين) لأنَّ في إثباته زوال ملك النكاح، فلا يقبل إلا بيّنة، بخلاف ما لو

شهد واحدٌ أن هذا اللحم ذبيحةٌ مجوسيةٌ يقبل؛ لأنَّ الحرمة فيه لا يستلزم زوال الملك، وكان أمراً دينياً. والله أعلم⁴.

(كتاب الطلاق)

وهو في اللغة: رفع القيد على الإطلاق.

وفي الشريعة: رفع القيد الثابت بالنكاح، وهو اسمٌ بمعنى التطلق، كالسلام بمعنى التسليم.

وفي «المحيط»: المستعمل في المرأة لفظُ التطلق، وفي غيرها لفظُ الإطلاق، حتى لو قال لامرأته: أطلقتك لا تطلق ما لم

ينو، ولو قال: طلقتك تطلق، نوى أو لم ينو؛ لأنَّ التطلق تفعيلٌ، وهو مستعملٌ في التكثر، وفي إطلاق الدابة رفع القيد فقط، وفي

إطلاق المرأة رفع وإزالة الملك والحل.

اعلم أنَّ الطلاق نوعان: سنّي وبدعيٌّ، وكلُّ واحدٍ منهما نوعان: نوعٌ يرجع إلى العدد، ونوعٌ يرجع إلى الوقت، أمَّا الطلاق السنّي

في العدد والوقت؛ فنوعان: حسنٌ وأحسنٌ.

(إذا أوقع طلاقاً في طهرٍ لم يجامعها فيه) أو كانت حاملاً قد استبان حملها، (وتركها حتى تنقضي عدتها؛ فقد أتى بأحسن

الطلاق) لما روي أنَّ الصحابة رضي الله عنهم كانوا يستحبُّونه؛ لكونه أبعد من النِّدم، وأقلَّ ضرراً بالمرأة حيث لم يضيق محلّيتها، وهو

نعمةٌ في حقِّهنَّ.

قيل: يوقَّعه في آخر الطهر؛ كيلا تتضرَّر بطول العدة. وقيل: يطلِّقها عقيب الطهر؛ لئلا يتلى بالإيقاع عقيب الوقاع، وهذا أظهر.

(وإن أوقع ثنتين أو ثلاثاً دفعةً أو في طهرٍ واحدٍ) أي: أوقعها دفعاتٍ في طهرٍ واحدٍ من غير أن يتخلَّل الرجعة بينهما؛ (وقع)

الطلاق فيه. وفيه احترازٌ عن قول الشَّيخة، فإنَّ الطلاق البدعيُّ غيرُ واقعٍ عندهم.

(ونجعلهُ) أي: الإيقاع المذكور (بدعةً) ففاعله يكون عاصياً، وهذا بدعيٌّ من حيث العدد. وقال الشافعي: ليس بدعةً.

إنَّما قلدنا بقولنا: «من غير أن يتخلَّل الرجعة⁵»؛ لأنَّ الرجعة لو تخلَّلَتْ؛ لا يكون بدعةً عند أبي حنيفة.

له: إنَّ الحكم المشروع. وهو العدة. ترتب عليه، ولو كان محظوراً؛ كما ترتب عليه المشروع.

ولنا: قوله صلى الله عليه وسلم لعمر: «مر ابنك فليراجعها»⁶، وقد كان طلقها حال الحيض، «ثمَّ يدعها حتى تحيضَ وتطهرَ،

ثمَّ يطلِّقها، ثمَّ تحيضَ وتطهرَ، ثمَّ يطلِّقها إن أحبَّ»، أمره صلى الله عليه وسلم بتفريق الإيقاع، ومن أوقع ثنتين أو ثلاثاً يكون مفوّتاً

للمأمور به، فيكون بدعةً، والمشروع لا ينافي المحظور⁷ كالطلاق حال الحيض.

1 ح: يثبت.

2 د: فنتحقق.

3 ح: بعشر.

4 د - والله أعلم.

5 د - الرجعة.

6 صحيح البخاري، الطلاق 1؛ صحيح مسلم، الطلاق 1.

7 الحظر.

(فإن فرَّقها) أي: الطَّلقات في المدخول بها (في ثلاثة أطهارٍ؛ أتى بالسُّنَّة. ولم يحصرها) أي: السُّنَّة (في الواحدة) وقال مالكٌ: تفریق الطَّلقات بدعة، وإِنَّمَا السُّنَّة أن يطلِّقها واحدة؛ لأنَّ الأصل في الطَّلاق الحظر، وإِنَّمَا أبيض للخلوص¹، وهو حاصلٌ بالواحدة. ولنا: ما روي أنَّه صلى الله عليه وسلم قال لابن عمر: «إِنَّ من السُّنَّة أن يستقبل² الطَّهر استقبالا، ويطلق لكلِّ طهرٍ³ واحدة»⁴. (وإن⁵ قال للمدخول بها: أنت طالق ثلاثاً للسُّنَّة؛ فُسِّمَتْ على الأطهار) لأنَّ اللام في قوله: «للسنة» للوقت، ووقت الطلاق السنِّي طهرٌ خالٍ عن الجماع، فيقسم ثلاثاً تطليقاتٍ على ثلاثة أطهارٍ، ولذا لو قال: في السُّنَّة، أو مع السنة، أو على السنة؛ لا يقسم. قيَّد بالمدخول بها؛ لأنَّه لو قال لغير المدخول بها: أنت طالق ثلاثاً للسُّنَّة؛ لا يقسم الثلاث على الأطهار؛ إذ لا عدَّة عليها، وإِنَّمَا يقسم على التزوُّجات، فإن تزوَّجها ثانياً؛ تقع طلاقٌ ثانية، وإن تزوَّجها ثالثةً⁶؛ تقع طلاقٌ ثالثة، والسنِّي في غير المدخول بها إِنَّمَا يُصوِّرُ على هذا الوجه.

(واعتبرنا نيَّة الجمع) يعني: لو نوى وقوع الثلاث في الحال في قوله: أنت طالق ثلاثاً للسُّنَّة؛ صحَّت نيَّته. وقال زفر: لا يصحُّ، بل يفرَّق على أوقات السُّنَّة.

هذا فيما إذا صرَّح لفظ ثلاثاً، حتى لو لم ينصَّ عليه؛ لا يصحُّ نيَّة الجمع اتفاقاً؛ لأنَّه إذا نوى الجمع في الحال بطل تعميمُ الوقت المستفاد من اللام في السنة، فبقي⁷ قوله: طالق، فلا يصحُّ⁸ فيه نيَّة الثلاث؛ لأنَّه نعتٌ فردٌ لا يحتملُ وقوع جملة العدد فيه. فإن قيل: قالوا: لو قال: أنت طالق ثلاثاً أوقات السنة، ونوى الوقوع جملةً؛ لا يصحُّ، فكيف صحَّ في قوله: للسنة، واللام فيه للوقت؟

قلنا: اللام ليست بصريحة للوقت، بل هي محتملة له وللعلة، وإِنَّمَا حملناها على الوقت بقرينة ذكر السنة، والسنة المطلقة هي كاملة، فإذا نوى الوقوع جملةً صار ناوياً معنى العلة، فصحَّت، وأما أوقات السنة إذا صرَّحت؛ لا يحتمل، بل يفرَّق على الأطهار. له: إنَّ نيَّة الجمع بدعة، فلا يصحُّ نيَّته من لفظ السنة.

ولنا: إنَّ وقوع الثلاث جملةً سنِّي على معنى: أنه عرِّف بالسُّنَّة؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «من طلق امرأته ألقاً بانث بثلاث»⁹، وإن لم يكن إيقاعه سنياً، فلا يتناولُه مطلق كلامه بلا نيَّة؛ لأنَّه منصرفٌ إلى الكامل، وهو السنِّي وقوعاً وإيقاعاً، فإذا نوى الثلاث تعتبر؛ لأنَّه من احتمالات لفظ السنة، كما إذا قال: كلُّ مملوكٍ لي حرٌّ؛ لا يتناولُ المكاتب؛ لقصوره في كونه مملوكاً، فإذا نواه من المملوك يجوز.

(وتعمُّ السنة في العدد المدخول بها وغيرها) يعني: الطلاق السنِّي من حيث العدد يستوي فيه المدخول بها وغيرها. وفي «الغاية شرح الهداية»: السنة من حيث العدد: أن يطلِّقها ويتركها حتى تنقضي¹⁰ عدَّتْها، سمي الواحد عدداً مجازاً؛ لأنَّه أصلٌ.

(وتخصُّ في الوقت) أي: الطلاق السنِّي باعتبار الوقت يختصُّ (المدخول بها بأن يطلِّقها في طهرٍ خالٍ عن الوقوع) لأنَّ الأصل في الطلاق الحظر، وإِنَّمَا أبيض للحاجة، وهي مخفيةٌ لا بُدَّ لها من أمانة، فأقيم الطهرُ الخالي عن الجماع مقام الحاجة؛ لأنَّه زمانٌ يرغب فيه الفحلُّ إليها، وكلِّما تجدد الطهرُ تجدد الحاجة، فيكون سنياً من حيث الوقت.

وفي «الفوائد التاجية»: هذا إذا لم يجامعها في الحيضة التي سبقت هذا الطهر، ولم يطلِّقها فيها أيضاً، فإنَّ كلاً منهما يخرج الطهر الذي عقبه أن يكون محلاً للطلاق السنِّي.

1 د: للخلوص.

2 د: تستقبل

3 د: تطلق لكل قرء.

4 مسند الشاميين للطبراني، 3/354-355؛ سنن الدارقطني، 5/57؛ السنن الكبرى للبيهقي، 7/334.

5 د: وإذا.

6 د: ثالثاً.

7 د: وبقي.

8 د: تصح.

9 لم نجد إلا في تبين الحقائق للزليعي، 2/194. وقد روي في موطأ مالك 4/847 من قول عروة بن الزبير.

10 ح: ينقضي.

(وأجزنا طلاق غير المدخول بها في الحيض من غير كراهة) وقال زفر: يكره قياساً على المدخول بها؛ لأنه إيقاع في حالة التفرقة عنها.

ولنا: إنَّ المرأةَ شديدة الميل إلى امرأةٍ لم يَنَلْ بها، فتكون مرغوبةً في جميع الأزمنة، فيكون طلاقها واقعاً بحاجة، فلا يكره، بخلاف المدخول بها؛ لأنَّ الرغبةَ إليها تتجدد¹ بالطهر؛ مع أنَّها تنضَّرُ إذا طَلقت في حيضها، وغير المدخول² بها ليست كذلك؛ إذ لا عدَّة عليها.

(وإن كانت لا تحيض لصغيرٍ أو كبيرٍ؛ طلقها للسنة واحدة، وأجزناها) أي: طلاق السنة فيمن لا تحيض (عقيب الوقاع كالحامل) أي: كما جازت في الحامل بعد وطئها اتفاقاً. وقال زفر: لا يجوز، بل يطلِّقها بعد مضيِّ شهرٍ من وطئها؛ لأنَّ الشهرَ في حقهن³ قام مقام الحيضة، فوجب الفصلُ به بين الوطء والطلاق كما وجب بالحيض.

ولنا: إنَّ الطلاقَ بعد الوطء فيمن تحيض إنَّما كره؛ لتوهَّم الحبل واشتباه وجهِ العدة؛ لأنه لا يدري أنَّها حبلت بذلك الوطء، فتعتدُّ بوضع الحمل، أو لم تحبل، فتعتدُّ بالأقراء، وفيمن لا تحيض لا يتوهَّم الحبل، فلا يكره.

وفي «الحقائِق»: إذا كان يُرجى منهما الحيض والحبل؛ فالأفضل أن يفصل بينهما بشهرٍ اتفاقاً.

(ثم بعد كلِّ شهرٍ أخرى) يعني: بعدما طلق من لا تحيض واحدةً إذا مضى شهرٌ؛ طلقها أخرى، وبعد شهرٍ آخرٍ؛ طلقها أخرى.

(وجعل طلاقها) أي: محمداً طلاق الحامل (للسنة واحدة، وقالوا): طلقها للسنة (ثلاثاً يتخلل كلَّ طلقتين شهرٌ).

له: إنَّ مدَّة حملها طهرٌ واحدٌ، فلا يصلح للتفريق كالطهر الممتدِّ.

ولهما: إنَّ الحاملَ لا تحيض مدَّة حملها، فصارت كالأيسة، بخلاف الممتدِّ طهرها؛ لأنَّ الحيضَ مرجوٌّ فيها في كلِّ ساعةٍ، فلم يقدَّم الشهرُ في حقِّها مقامَ الحيض.

(ولو قال: كلِّما ولدتِ ولداً فأنت طالقٌ للسنة، فأنت بثلاثة) أولاد (في بطن) واحد؛ (حكم بواحدة) أي: حكم محمداً بطلقةٍ واحدةٍ (عقب الأوَّل) أي: ولادة الولد الأوَّل، (وبانقضاء عدتها بالثالث) يعني: لا يقع بالولد الثاني طلاقٌ عنده، وتنقضي عدتها بوضع الثالث، (وبالثانية) أي: حكم محمداً بوقوع الطلقة الثانية (إن تزوجها لا غير) أي: لا تقع بعدها طلقةً أخرى. (وقالوا: تقع واحدة بعد نفاسها) أي: إذا طهرت من نفاسها بعد ولادة الثالث وقعت واحدةً، (وأخريان في طهرين) يعني: إذا حاضت وطهرت وقع الثانية، وإذا حاضت أخرى وطهرت؛ وقع الثالثة.

وهذا الخلافُ مبنيٌّ على أصليين:

أحدهما: إنَّ الحاملَ لا تطلق للسنة إلا واحدةً عند محمداً، وعندهما تطلق ثلاثاً يفصل بين كلِّ طلقتين بشهرٍ.

وثانيهما: إنَّ النفاسَ من الولد الأخير عنده، ومن الأوَّل عندهما.

فنقول: لمَّا ولدت الأوَّل لم تصرْ نفساءً عنده، فكانت محللاً للطلاق السنِّي، فيقع، ولمَّا ولدت الثاني؛ لم يقع شيءٌ؛ لأنَّ الحاملَ لا تطلق للسنة إلا واحدةً، ولمَّا ولدت الثالث انقضت العدة التي وجبت بالطلاق عند ولادة الأوَّل، فإن نكحها بعد ذلك؛ طلقته أخرى؛ لأنه عند ولادة الثاني كأنه أضاف الطلقة الثانية إلى وجود وقت السنَّة، وإن تزوجها ثانياً لا يقع شيءٌ؛ لأنه وإن قدر أنه عند ولادة الثالث أضاف الطلقة الثالثة إلى وجود وقت السنَّة، لكنَّه صادف حال انقضاء العدة، ولا يعتبر⁴.

وأما عندهما؛ فلمَّا كان النفاسُ من الولد الأوَّل لم يكن محللاً للطلاق؛ لكونها نفساءً، فيتأخَّر الطلاقُ الأوَّل إلى أن تطهر من نفاسها بعد الثالث، ثمَّ الطلاقُ الثاني يتأخَّر إلى الطهر الثاني؛ لأنَّ الطهر الذي وقع فيه الطلاق ليس بمحلٍّ للطلاق السنِّي، والثالث إلى الطهر الثالث؛ لأنَّ الكلامَ الثالث صحيحٌ عندهما؛ لعدم الرجوع بالأوَّل والثاني، فيصحُّ الكلامُ الثالث كما صحَّ الأوَّل والثاني، وإذا صحَّ الكلُّ؛ يقع الكلُّ في أوَّل السنة.

1 ح: يتجدد.

2 ح: المدخول.

3 د: حقها.

4 د: تعتبر.

(وإذا طلق في الحيض وقع بدعيًا) وهذا بدعي من حيث الوقت؛ لأنه إيقاع في زمان التفرقة وانتفاء دليل الحاجة. (ويستحب الرجعة) لقوله صلى الله عليه وسلم لعمر: «مر ابنك فليراجعها»¹، وكان طلقها في حالة الحيض. هذا هو مختار القدرين، ووجهه: أن التكاخ مندوب، فالأمر برجعته لا يكون واجبًا، لكن ذكر صاحب «الهداية»: الأصح: أنها واجبة عملاً بحقيقة الأمر، ودفعًا للمعصية بالقدر الممكن، ودفعًا للضرر عنها بتطويل العدة. وفي «المنتقى»: العيين إذا تم حوله وامرأته حائض؛ جاز تفريقها في الحيض؛ لأنه صادر عن ضرورة، وتأخيرها متعذر، فلا يكون طلاقًا قسدًا، وكذا اختيار المعتقة نفسها.

(ثم الطهر الذي يليه لا يكره الطلاق فيه) يعني: إذا رجع² امرأته التي طلقها في حيضها، فطهرت، فطلقها فيه؛ لا يكره عند أبي حنيفة. وقالوا: يكره.

(وكذا الطلاقان تحللها رجعة في طهر) يعني: إذا طلقها في طهر، ثم راجعها، ثم طلقها فيه؛ لا يكره عنده خلافًا لهما. (أو شهر) يعني: لو طلق امرأته الأيسة في شهر، ثم راجعها، ثم طلقها فيه؛ لا يكره عنده خلافًا لهما. (والثلاث للسنة في حال مسنها بشهوة) يعني: إذا مسنها بشهوة في طهر لم يجامعها فيه، وقال: أنت طالق ثلاثًا للسنة؛ يقع الأول، فيصير مراجعًا لها بالمس، ثم يقع الثاني كذلك، ثم الثالث عند أبي حنيفة. (وقال: يتوزع على الأطهار) يعني: تقع واحدة في هذا الطهر، واثنان في طهرين آخرين. قيد بالرجعة؛ لأن التكاخ يعتبر فاصلاً بين الطلاقين اتفاقًا، حتى لو طلقها في طهر خالٍ عن الجماع، ثم تزوجها في هذا الطهر، وأراد أن يطلقها أخرى؛ كان له ذلك، وكان سنيًا. أطلق الرجعة، وأراد بها: الرجعة بقول أو فعل غير الجماع؛ لأنه لو جامعها؛ فهو بمعزل عن هذا الخلاف، فإنها إن لم تحبل؛ يكره إيقاع الثاني في هذا الطهر اتفاقًا، وإن حبلت؛ كان له أن يطلقها أخرى بعده في قول أبي حنيفة ومحمد خلافًا لأبي يوسف. من «الحقائق».

ومبنى الخلاف: أن الرجعة ترفع³ حكم الطلاق عنده، فتجعله كأن لم يكن، ولا ترفع عندهما. لهما في المسألة الأولى: إن الطلاق في حال الحيض يخرج الطهر الذي يعقبه من أن يكون للطلاق السني كما يخرج الوطء فيه.

وفي المسألة الثانية والرابعة: إن الطلاق في الطهر يفسد الطهر ويخرجه من أن يكون محلًا للطلاق السني كما يخرج الجماع فيه، وبالرجعة لم يتجدد الوقت، فيكره كما لو طلقها قبل الرجعة، فلا يكون سنة ما لم يفصل بين الطلاقين بحيضة كاملة. وله: إن الرجعة ترفع حكم الطلاق، فتجعله⁴ كأن لم يكن، ولهذا أمر النبي صلى الله عليه وسلم ابن عمر بالرجعة⁵ وقد طلقها حال الحيض، ولو لم ترفع الرجعة حكم الطلاق؛ لَمَّا أمره، ولأن الفصل بين الطلقتين بالرجعة أكد من الفصل بينهما بالحيضة، ألا يرى أن العدة تستأنف بالرجعة إذا طلق بعدها، ولا تستأنف إذا طلقها بعد الحيضة؟ ولو فصل بينهما بحيضة؛ كان الثاني سنة، فكذا إذا فصل بينهما بالرجعة.

(فصل في إيقاع الطلاق)

(ويقع طلاق غير الصبي والمجنون) وهو من لم يستقم كلامه وأفعاله، إنما لم يقع طلاقهما؛ لانعدام أهليتهما. (والنائم) إنما لم يقع طلاق النائم؛ لانعدام الاختيار فيه. والمغمى عليه والمعتوه، وهو من كان قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير إلا أنه لا يضرب ولا يشتم كالنائم.

(ومن الأخرس) أي: يقع الطلاق منه (بالإشارة) لأن إشارته قامت مقام عبارته دفعًا لحاجته.

¹ صحيح البخاري، الطلاق 1؛ صحيح مسلم، الطلاق 1.

² ح: رجع.

³ د: يرفع.

⁴ ح: فيجعله.

⁵ صحيح البخاري، الطلاق 1؛ صحيح مسلم، الطلاق 1.

وفي «المحيط»: المريضُ الذي يعتقلُ لسانه لا يكون كالأخرس؛ لأنَّ ذلك نادرٌ لا يطولُ، وإشارةٌ غير الأخرس إنَّما لم يُعتبرَ في إيقاع الطَّلَاقِ، وأمَّا في عدده؛ فمعتبَرٌ، حتى لو قال: أنت طالقٌ هكذا، فأشار بأصبعيه؛ يقع ثنتان، ولو لم يقل هكذا لا يقع؛ لأنَّ الإشارةَ إنَّما اعتبرتُ تفسيرًا إذا قرنتُ بعددٍ مبهمٍ. ولو أشار بثلاث أصابع، فإن نوى ثلاثًا؛ فثلاثٌ، وإن نوى واحدةً؛ فواحدةٌ بانه، كما في قوله: أنت طالقٌ كألِفٍ.

(ونوقع طلاق السكران والمكروه) وقال الشافعيُّ: لا يقع؛ لأنَّ السكرانَ ليس له قصدٌ صحيحٌ، فصار كالنائم، بل أقوى منه؛ لأنَّ النَّائمَ ينتبه إذا نَبِهَ، والسكران لا، وكذا المكروهُ مسلوبُ القصد شرعًا، ولهذا لم يحكم برَدِّته، ولم يُعتبرَ إقراره بالطلاق. ولنا: قوله صلى الله عليه وسلم: «كلُّ طلاقٍ واقعٌ إلا طلاقَ الصبيِّ والمجنون»¹، فبقي السكرانُ والمكروهُ في عموم صدر الكلام، وزوالُ قصد السكران لَمَّا كان بسبب المعصية؛ لم يُعتبرَ زجرًا له، حتى لو شرب فصدع وزال عقله بالصداع؛ لا يقع طلاقه؛ لأنَّ الصداع ليس بمعصية.

وفي «المنتقى»: لو أكره على الشرب فذهب عقله، فطلق، قيل: لا يقع؛ لأنَّه ليس بمعصية، فصار كالإغماء. وقيل: يقع؛ لأنَّ الخطرَ وإن زال بالإكراه، لكن ذهب عقله بما فيه لَدَّةٌ، فلا يُعتبرُ زواله. وهذا القولُ أصحُّ، فعلى هذا يقع طلاقُ السكران من البنج وسائر الأشرية المتخذة من الحبوب.

وإنَّما لم نحكم برَدِّة المكروه؛ لأنَّها تبتنى² على الاعتقاد، وهو غيرُ معتقدٍ في كلامه بالإكراه، ولم يُعتبرَ إقراره بالطلاق؛ لأنَّه يحتملُ الصدق والكذب، والإكراه يرجحُ كذبه.

أقول: لو طرح المصنَّف لفظ السكران؛ لكان أخصرَ وأحسنَ؛ لأنَّه معترفٌ في «شرحه» بأنَّ الصحيح من مذهب الشافعي: أنَّه متفقٌ معنا في السكران، وأنَّ الخلافَ في «المنظومة» مذكورٌ في المكروه فقط، فأئى فائدة في بيان ما هو غيرُ صحيحٍ من مذهبه بالزيادة في كتابه؟

(ونعتبر عدده) أي: عدد الطَّلَاقِ (بالنساء) فطلاقُ³ الأمة يكون ثنتين، حُرًّا كان زوجها أو عبدًا. (لا بالرجال) وقال⁴ الشافعيُّ: يُعتبرُ عدده بالرجال، حتى يملك الحرُّ ثلاثًا وإن كانت امرأته أمةً، ويملك العبدُ ثنتين وإن كانت زوجته حرَّةً. له: قوله صلى الله عليه وسلم: «الطلاقُ بالرجال، والعدةُ بالنساء»⁵.

ولنا: قوله صلى الله عليه وسلم: «طلاقُ الأمة ثنتان، وعدَّتُها حيضتان»⁶، وما رواه محمولٌ⁷ على أنَّ الإيقاعَ بالرجال. (ومن ملك امرأته، أو شقصًا) أي: نصيبًا (منها، أو ملكته) أي: المرأةُ زوجها، (أو شقصًا منه؛ وقعت الفرقة بينهما) لأنَّ المالكيَّةَ تمنع⁸ ابتداءَ النكاح، فيمنع بقاؤه كالمحرمة.

(ولو اشتروته) أي: حرَّةً زوجها المملوك، (ثم أعتقته، فطلقها في العدة، أو خرجت) الحريية (مسلمةً، ثم خرج) زوجها مسلمًا (بعدها، وطلقها) في عدتها (يلغيه فيهما) أي: قال أبو يوسف: لا يقع الطَّلَاقُ في المسألتين. (وأوقعه) أي: محمدُ الطَّلَاقَ فيهما؛ لأنَّ العدةَ قائمةٌ، والمعتدةُ محلٌّ للطَّلَاقِ.

ولأبي يوسف: إنَّ الفرقةَ وقعتُ بملك أحد الزوجين صاحبه أو بتباين الدارين، فخرجت المرأةُ من محلِّيَّة الطَّلَاقِ، وبالعدة لا يثبت المحلِّيَّةُ كما في النكاح الفاسد.

¹ لم نجده بهذا اللفظ إلا في الهداية للمرغناني، 277/3؛ وقال الزبيعي في نصب الراية 221/3 حديث غريب. وقد روي بلفظ «كل طلاق جائز إلا طلاق المعنوه المغلوب على عقله» في سنن الترمذي، الطلاق 15؛ وهكذا روي عن علي قوله في مصنف عبد الرزاق، 409/6؛ 78/7؛ صحيح البخاري، الطلاق 10 تعليلاً. وأخرج ابن أبي شيبة 550/9 عن ابن عباس «لا يجوز طلاق الصبي» من قوله.

² ح: يبتنى.

³ ح: وطلاق.

⁴ د: أي: قال.

⁵ لم نجده مرفوعاً إلا في التجريد للقدوري، 4978/10؛ والمبسوط للسرخسي، 39/6. وقد روي موقوفاً عن زيد بن ثابت وابن عباس انظر: السنن الكبرى للبيهقي، 370-369/7.

⁶ سنن أبي داود، الطلاق 6؛ سنن الترمذي، الطلاق 7؛ سنن ابن ماجه، الطلاق 30؛ السنن الكبرى للبيهقي، 369/7.

⁷ ح: فمحمول.

⁸ ح: يمنع.

قيد بالإعتاق والمهاجرة؛ لأنَّ الطَّلَاقَ قبلهما لا يقع اتِّفَاقًا؛ لأنَّ العِدَّةَ لم يظهرْ أثرها في حقِّ الطَّلَاقِ، وإنَّما يظهرْ أثرها في حقِّ التَّزْوَاجِ بزَوْجٍ آخَرَ. كذا في «المصنفي».

(ولم يفرِّقوا بتفريق الحكيمين) يعني: إذا تخاصم الزوجان، فبعثنا حكيمين ليتكلمنا، فإذا رأيا المصلحة في تفريقها، ففرَّقا بينهما بدون أمرهما؛ لا يصحُّ عندنا. وقال مالكٌ: يصحُّ؛ لأنَّهما رَضِيَا بحكهما مطلقًا. ولنا: إنهما إنَّما حكَّماهْما لإصلاحٍ، وهذا ليس بإصلاحٍ، فلا ينفذُ.

(فصلٌ) في الصَّرِيحِ والكنائية، وإضافة إطلاق إلى الزمان

(ولا يحتاج صريحه إلى النيَّة) لأنَّ الصريحَ موضوعٌ للطَّلَاقِ شرعًا، فكان حقيقةً فيها، فاستغني عن النيَّة، حتى لو قال: أردتُ به الطَّلَاقَ عن وثاقٍ؛ لا يصدِّقُ قضاءً، ولو قال: أردتُ به الطَّلَاقَ عن العمل؛ لا يصدِّقُ ديانةً أيضًا؛ لأنَّه لرفع القيد، والعملُ ليس بقيدٍ. كذا في «التبيين».

(كطالِقٍ ومطلقَةٍ وطلقتك، فيقع واحدةٌ رجعيةٌ) بهذه الألفاظ.

في «المحيط»: لو¹ قال: أنت طال بترخيم القاف حالة الرضا؛ لا يقع ما لم ينو؛ لأنَّه كالكناية. ولو قال: يا طال؛ يقع وإن لم ينو؛ لأنَّ الترخيمَ يجري كثيرًا² في المنادى، فصار كأنَّه أفصحُ بالقاف. ولو تهجَّى به؛ تطلق إذا نوى، بخلاف ما لو تهجَّى بأية السجدة حيث لا تلزمه³ السجدة؛ لأنَّها متعلِّقةٌ بالقراءة، وهي منعدمةٌ في الهجاء.

(ونلغى نيَّة الثلاث والثنيتين) وقال الشافعيُّ: تصحُّ نيَّةُ الثلاث من هذه الألفاظ؛ لأنَّها تدلُّ على الطَّلَاقِ لغَةً، وهو محتملٌ للعدد، ولهذا جاز تفسيره به، فتصحُّ⁴ نيَّته كما صحَّ⁵ نيَّةُ الثلاث فيما إذا قال لامرأته: طلقتي نفسك.

ولنا: إنَّ قوله: أنت طالقٌ وأخواته خبرٌ، وهو إنَّما يصدِّقُ إذا اتَّصفت المرأةُ بالطَّلَاقِ قبل الإخبار، فثبوتُ الطَّلَاقِ لها يكون بالاقضاء لضرورة تصحيح الكلام، والثابت بالضرورة يندفعُ بالواحدة، فلا تصحُّ⁶ فيه نيَّةُ الثنتين والثلاث؛ لأنَّ الطَّلَاقَ غيرُ ثابتٍ فيما وراء الواحدة، فلا تعملُ⁷ النيَّةُ في المعدوم، فإذا ثبت الطَّلَاقُ واحدًا عند الإخبار؛ يقع واحدًا عند الإنشاء رعايةً للأصل، والمدكورُ بعد طالقٍ من العدد ليس تفسيراً لوصفه، بل تغييرٌ؛ لأنَّه نعمتُ مصدرٌ محذوفٍ، أي: طلاقًا ثلاثًا، بخلاف قوله: طلقتي؛ لأنَّ ثبوتَ التطبيق هناك ليس على طريق الاقتضاء، وأمَّا نيَّةُ الثلاث في قوله: أنت باينٌ؛ فإنَّما يصحُّ لأنَّ البيئونة متنوعَةٌ خفيفةٌ وغلظَةٌ، فيصحُّ نيَّةُ أحد النوعين منه، والطَّلَاقُ ليس كذلك؛ لأنَّه عبلةٌ عن رفع قيدٍ، والعدم لا يتنوعُ.

(ويقع⁸ بأنَّ الطَّلَاقَ وطاققُ الطَّلَاقِ وطاققًا) أي: أنت طالقٌ طلاقًا (واحدةً) أي: طلقتُ واحدةً، وهو فاعلٌ يقع. (إلا أن ينوي

الثلاث) فإن نواها في هذه الألفاظ وقع.

(وألغينا الثنتين) يعني: نيَّةُ الثنتين لا تصحُّ⁹ في هذه الألفاظ. وقال زفر: تصحُّ¹⁰؛ لأنَّ الثنتين بعضُ الثلاث، فإذا صحَّ نيَّةُ

الثلاث؛ يصحُّ نيَّةُ الثنتين.

ولنا: إنَّ الطَّلَاقَ اسمٌ جنسي، ومعنى الوحدة مراعيٌ فيه كسائر أسماء الأجناس، فإذا لم ينو فيه شيئًا يحملُ على الواحد حقيقةً؛ لأنَّه متيقَّنٌ، وإذا نوى الثلاث يصحُّ¹¹؛ لأنَّه جنسٌ واحدٌ حكماً، وإن نوى الثنتين يلغو؛ لأنَّه عددٌ، فاللفظُ لا يحتمله، كما لو حلف لا يشرب الماء، لو نوى جميع المياها يصحُّ؛ لأنَّه واحدٌ حكماً، وإن لم ينو يُصرفُ إلى أدنى ما يطلق عليه اسمُ الماء، وإن نوى قدحًا أو

1 د - لو.

2 ح: كثيراً يجري.

3 ح: تلزمه.

4 ح: فيصح.

5 د: تصح.

6 ح: يصح.

7 ح: يعمل.

8 د: وقع.

9 ح: يصح.

10 ح: يصح.

11 د: تصح.

قدحين لا تصح؛ لأنه ليس بفردٍ حقيقةً وحكمًا. وإن نوى بقوله: طالقٌ واحدةً وبالطلاق طلقاً أخرى؛ صدق؛ لأنَّ كلاً منهما يصلح للإيقاع. ولو كانت زوجته أمةً، وقال¹ لها: أنت الطلاق؛ صحَّ نية² التنتين؛ لأنَّهما جنسُ الطلاق في الأمة.

(وتفتقر³ كنايةه إليها) أي: كناية الطلاق إلى النية (حالة الرضا) لأنَّ الكنايات أفاض غير موضوعٍ للطلاق، بل محتملة له، فلا بُدَّ من النية ليتعين المراد، والقول قوله في إنكار النية مع اليمين.

(كباثن) فإنها تحتل البيونة من التكاكح أو الخيرات.

(بتلة بنة) كلاهما بمعنى القطع، أي: منقطعة من التكاكح، أو من الأقارب. (حرام) وهو يحتمل حرمة الصحبة لسوء خلقها.

(جبلك على غاربك) وهو منبئ عن⁴ التخلية؛ لأنَّ الناقة إذا أرسلت ليلقى جبلها على غاربها، وهو ما بين العنق والسنام، يعني:

أنت مرسله من جبل التكاكح، أو من جبل الحياء.

(الحقي بأهلك) يحتمل لحوقها؛ لكونها مأذونة، ولحوقها لكونها مطلقه.

(خلية بوية) من التكاكح، أو من حسن الخلق.

(وهبتك لأهلك) يحتمل أن يكون معناه: عفوت عن ذنبك لأجل أهلك.

(سرحتك، فارقتك) يحتمل التسريح والمفارقة بالطلاق أو بغيره.

(أمرك بيدك) في حق الطلاق، أو في حق آخر.

(أنت حرّة) عن حقيقة الرق، أو رق التكاكح.

(تقنعي، استتري، تخمري) لأنك بائنة مني، أو لئلا ينظر إليك أجنبي.

(أخرجي، اغربي) بالغين المعجمة والراء المهملة، أي: ابعدي عني لأني طلقتك، أو لزيارة أهلك، ويحتمل أن يكون بالزاء

المعجمة والعين⁵ المهملة من العزوبة.

(أذهبي، ابتغي الأزواج) يحتمل الأزواج من الرجال؛ لأنها مطلقه، أو الأزواج من النساء.

(وتقع⁶) البيونة (حال مذاكرة الطلاق) وهو أن تطلب المرأة أو أجنبي طلاقها (في القضاء بما يصلح) من الكنايات (جواباً

لا ردّاً) وهي اعتدي، أمرك بيدك، اختاري. ولا يصدّق الزوج في هذه الألفاظ إن قال: لم أرُ بها الطلاق؛ لأنَّ الظاهر أنه مراده عند طلب الطلاق.

قيّد بالقضاء؛ لأنه يصدّق ديانته فيما بينه وبين الله.

(فإن أنكرها) أي: الزوج النية في حال مذاكرة الطلاق؛ (صدق) مع اليمين (فيما يصلح لهما) أي: للجواب والرد، وهي:

أخرجي، وأذهبي، وقومي، وتقنعي، وتخمري، واستتري، وأغربي.

ألق أبو يوسف بهذه الألفاظ خمسة أخرى، وهي: خلبت سبيلك، وفارقتك، وسرحتك، ولا ملك لي عليك، ولا سبيل لي

عليك، والحقي بأهلك، فإن هذه الألفاظ يحتمل ردّ المرأة عن طلبها، وأن يكون جواباً لها من الكناية.

(ويصدّق) الزوج في إنكاره النية (حالة الغضب، إلا فيما يصلح جواباً لا غير) أي: لا يصلح للردّ والسب، فإن غضبه يدلُّ

على أنه أراد الطلاق، ألا يرى أن من قال لغيره حالة الرضا: لسئ لأبيك؛ لا يكون قاذفاً، ولو قاله في حالة الغضب يكون قاذفاً؟ وهي:

أختاري، واعتدي، وأمرك بيدك. وأما: خلية، وبرية، وبائن وبنة، وبتلة، وحرّام؛ فيحتمل الجواب والسب، فإن قال: أردت بها السب حالة الغضب؛ يصدّق.

1 ح: فقال.

2 د: نيته.

3 ح: ويفتقر.

4 ح: منبئ على.

5 د: وبالعين.

6 ح: ويقع.

(ونجعلها) أي: الكنايات (بوانن لا رواجع) أي: قال الشافعي: الطلقات البائنة بهذه الألفاظ رواجع؛ لأنها كنايات عن الطلاق، ولهذا اشترط¹ فيها نيئة الطلاق، فيكون الواقع بها طلاقاً.

ولنا: إنَّ الحاجة ماسة إلى إثبات البيونة في الحال كيلا يقع في مراجعتها بلا قصد، والكنايات أبلغ في الدلالة عليها، ولا نسلم أنها كنايات عن الطلاق؛ لأنها تعمل عمل نفسها، وهو البيونة، وشرطُ النية فيها لتعيين بعض احتمالاتها، لا أنها² تعمل عمل الصريح، وتسميتها كنايات مجاز.

(وتصح نيئة الثلاث، وألغينا الثنتين) في الكنايات خلافاً للرفر.

له: ما مرَّ من الدليل في الصريح.

ولنا: إنَّ البيونة بين الشئيين متنوعة في الحسيات؛ لأنها قد تحتل اتصالها وقد لا تحتمله، فكذا تنوعت في الشرعيات، والطلاق عبارة عن رفع القيد، وهو واحد لا يتصور أكثر من واحد.

(ولم يوقعوا بها) أي: بالكناية بلا نيئة (ثلاثاً) بل قالوا: يقع بالكناية واحدة؛ لأنَّ الحرمة يثبت بها، وهي أولى بالإيقاع ليمكنه التدارك. (ولم يخصصوا نيئة الواحدة بغير المدخول بها) بل قالوا: تصح³ نيئة الواحدة مدخولاً بها كانت أو غيرها. وقال مالك: إن كانت مدخولاً بها؛ يقع بالكناية ثلاثاً وإن لم ينوه؛ لأنَّ مقتضاها التحريم، والحرمة إنما يثبت بالثلاث، وإن كانت غير مدخول بها؛ فإنما تبين بواحدة فقط؛ لأنها كافية في تحريمها كما في الصريح.

(وأوقفنا بانة واحدة واحدة رجعية، كاعتدى، واستبرئي رحمك، لا بانة) يعني: هذه الألفاظ كنايات بالاتفاق؛ لأنَّ الواحدة يحتمل أن يكون صفة طلقة، أي: أنت طالق طلقة واحدة، وأن يكون صفة امرأة، أي: أنت امرأة⁴ منفردة في الجمال. وقيل: إن نصب واحدة؛ يكون صفة طلقة، وإن رفعها؛ يكون صفة امرأة. والصحيح: أن لا فرق بينهما؛ لأنَّ العوام لا يميزون الإعراب، وكذا أمره باعتدادها يحتمل عدَّ نعم الله وعدَّ الأقراء؛ لسبق الطلاق، وكذا براءة رحمها يجوز أن يكون ليطلقها أو بعدما طلقها، لكن يقع بها رجعية عندنا، وقال زفر: تقع بانة؛ لأنها كسائر الكنايات.

ولنا: إنَّ واحدة نعت طلقة، وهي صريحة، وأما اللفظ الثاني؛ فلائه صلى الله عليه وسلم قال لسودة: «اعتدي»⁵، ثم راجعها، وأما الثالث؛ فلائه صريح بما هو المقصود في اعتداد الأقراء، وهو براءة الرحم، فإذا نوى أن يكون البراءة لكونها مطلقة؛ يثبت أصل الطلاق بلا احتياج إلى إثبات وصف زائد، وهو البيونة. هذا إذا قاله للمدخول بها، وإن قاله لغير المدخول بها؛ يجعل مستعارة محضاً عن الطلاق؛ لأنه سببه في الجملة، وإن لم يكن سبباً له في هذه الحالة.

(وله جعل الواحدة في المدخول بها ثلاثاً) يعني: إذا طلق امرأته المدخول بها طلقة واحدة، وقال في عدتها: جعلتها ثلاثاً؛ كانت ثلاثاً عند أبي حنيفة. وقالوا: لا يكون؛ لأنَّ الواحد لا يكون ثلاثاً.

وله: إنَّ الواحد يصير ثلاثاً بضم اثنين إليها، فيحمل كلامه عليه صوتاً عن الإلغاء، فكأنه⁶ قال: جعلتها ثلاثاً بضم اثنين إليها، فتقع⁷ الثلاث كما لو صحَّ بذلك.

(وأبطل) محمداً (جعلها) أي: جعل الزوج الطلقة الرجعية في عدتها (بائنة) وقالوا: لا يبطل.

وفي «المحيط»: هذا إذا كان قبل الرجعة؛ لأنه لو راجعها، ثم قال: جعلتها بائنة؛ لا يصح اتِّفاقاً؛ لأنه بالرجعة أبطل عمل البطلان، فتعدَّ جعلها بائنة.

له: إنَّ الزوج لا يملك أن يبطل خيار الرجعة بعدما ثبت له شرعاً.

ولهما: إنَّه كان يملك جعله بائناً ابتداءً، فدلَّ أنه داخل في ولايته، فيصح إحقاق هذا الوصف به تصحيحاً لتصرفه، وتحصيلاً

لغرضه.

¹ د: تشترط.

² ح: لأنها.

³ ح: يصح.

⁴ د - امرأة.

⁵ الطبقات الكبرى لابن سعد، 53/8؛ السنن الكبرى للبيهقي، 343/7.

⁶ ح: وكأنه.

⁷ ح: فقع.

(ولو قال: لست امرأتي، أو لست زوجك، أو ما أنا) أي: ما أنا بزواجك، (أو ما أنت) أي: ما أنت لي بامرأة، (فهو واقع بالنية) أي: الطلاق واقع عند أبي حنيفة إذا نوى به. (وألغياه) أي: قال: لا يقع الطلاق.

أقول: لو لم يردف؛ لكان أحسن؛ لأنه في طرفي النفي.

قيّد بالنية؛ لأنه إذا لم ينو به لا تطلق إتفاقاً.

وفي «الخانية»، لو قالت: طلقني، فقال: لست لي بامرأة¹؛ يقع به الطلاق إتفاقاً من غير نية.

لهما: إن هذه الألفاظ إنكارٌ للنكاح، فلا تصح² نية الطلاق مما هو إنكارٌ له، كما لو قال: والله ما أنت بامرأتي.

وله: إن هذه العبارات صالحة لإنشاء الطلاق أيضاً، فإذا نوى الطلاق؛ فقد نوى ما يحتمله لفظه، بخلاف ما استشهدا به؛ لأن

اليمين إنما يقترن بالإخبار، فلم يمكن جعله إنشاءً.

وفي «المحيط»: لو قال: طلاقك علي واجب؛ فالصحيح: أنه يقع. ولو قال لعبده: عتقك علي واجب؛ لا يعتق. والفرق: أن

نفس الطلاق لا يكون واجباً، وإنما الواجب حكمه، وهذا لا يكون إلا بعد الوقوع، ونفس الإعتاق يجب في الجملة كما في النذر.

ولو قال: نساء أهل بصرة طالق، وهو من أهلها؛ لا تطلق زوجته ما لم ينو بها عند أبي يوسف، وبه يفتى، وتطلق عند محمد.

وعلى هذا الخلاف لو قال: كل من دخل هذه الدار فامرأته طالق، ولم ينو نفسه، فدخل هو الدار.

(ونلغي) قول الزوج لامرأته: (أنا منك طالق، وإن نوى) به الطلاق. وقال الشافعي: لا يلغو، بل يقع به؛ لأن الطلاق شرع لإزالة

النكاح، وهو قائم بهما، فتصح إضافة الطلاق إليه كما صحّت إليها.

ولنا: إن الطلاق إزالة قيد الملك الثابت بالنكاح، ولا ملك لها فيه، وإلا؛ لبطل نكاح المسلم الكتابية؛ إذ لا سبيل للكافة على

المسلم، فيلغو كلامه.

(لا بائن، أو حرام) يعني: لو قال لها: أنا منك بائن أو حرام؛ لا يلغو، بل يقع إتفاقاً؛ لأن الإبانة إزالة وصلة النكاح، والحرام

إزالة الحلي، وهما مشتركان فيهما.

فإن قلت: إذا قال لامرأته: أنت بائن؛ يقع، وإذا قال: أنا بائن؛ لا يقع ما لم يقل: منك، ولو كانت الوصلة مشتركة بينهما؛

لاستوى القولان.

قلنا: وصلتها مختصة بزوجه، فتبين بقوله: أنت بائن، ووصلت غير مختصة بها؛ لجواز أن يكون له وصلة أخرى بامرأة أخرى،

فلا يقع ما لم يقل: منك.

(ولو قال: أنت طالق واحدة أو لا؛ حكّم بواحدة) أي: حكم محمد بطلاق واحدة. (وألغياه) أي: قال: لا يقع به شيء.

له: إنه أدخل الشك في الوحدة، فيسقط³، ويبقى قوله: أنت طالق، فيقع.

ولهما: إن الطلاق إذا قرُن بالعدد؛ يكون بمنزلة كلمة واحدة، فلا حكم له قبل ذكره، ولهذا لو قال لغير المدخول بها: أنت

طالق ثلاثاً؛ لا يقال: إنها بانث بقوله: طالق، فلا تقع⁴ الثلاث، فإذا بطل الوحدة بالشك؛ بطل الإيقاع أيضاً.

(ولو قال) لزوجه الأمة: (أنت طالق ثنتين مع عتق مولاك) أراد به: الإعتاق؛ لأنه مسببه، وذكر المسبب وإرادة السبب شائع،

(فأعتقها) مولاها (ملك الرجعة) أي: الزوج مراجعتها؛ لأنه علق الطلقتين بالإعتاق، والمعلق يوجد بعد الشرط، فتطلق وهي حرّة، فلا⁵

تحرم عليه حرمة معظّمة بالثنتين.

لا يقال: كلمة مع ينافيه؛ لأنها قد تجيء بمعنى بعد، كقوله تعالى: ﴿إِنَّ مَعَ الْعُسْرِ يُسْرًا﴾ [الشرح، 6/94].

فإن قيل: ذكر في «الجامع»: من قال لأجنبية: أنت طالق مع نكاحك؛ فهو لغو، فلم لم يجعل هنا مع بمعنى بعد ليصح

كلامه؟

¹ د: امرأة.

² ح: يصح.

³ د: فنسقط.

⁴ ح: يقع.

⁵ ح: لا.

قلنا: لأنَّ الطَّلَاقَ مع التَّكاحِ متنافيان، فلا يُعَلِّقُ به إلا بصريح الشَّرْطِ، فبقينا مع على حقيقته، فلغا، بخلاف الطَّلَاقِ والعَتقِ، فإنَّهما لا يتنافيان، فجعل مع بمعنى بعد تصحيحًا لكلامه، ونظيره ما لو قال لامرأته: أنت طالقٌ في دخولك الدار؛ يتعلَّقُ بالدخولِ، ولو قال لأجنبيَّةٍ: أنت طالقٌ في نكاحك؛ يلغو.

(ولو علَّفهما بمجيء الغد) أي: قال لامرأته الأمة: أنت طالقٌ تنتين إذا جاء غدٌ، (والمولى عتَّقها به) أي: قال لها مولاهما: إذا جاء غدٌ فأنت حرَّةٌ؛ (ملكه إياها) أي: جعل محمدٌ زوجها مالكًا للرجعة. وقالوا: ليس له الرجعة.

له: إنَّ المعلِّقَ كالمرسَل عند الشرط، فصار كأنَّ الإعتاقَ والتطليقَ وجدا في ذلك الوقت، فيقع العتقُ أوَّلًا؛ لأنَّ الإعتاقَ مندوبٌ، والتطليقَ محظورٌ، فيتأخَّرُ حكمُ المحظورِ، كما أنَّ حُكْمَ المبيعِ الفاسدِ. وهو الملكُ. تأخَّرَ إلى وجود القبض لكونه محظورًا. ولهما: إنَّ الإعتاقَ علَّةٌ للعتقِ، وكذا التطليقُ علَّةٌ للطلاقِ، فكما¹ اقترن العلتان في الزمان؛ اقترن معلولُهما، فكلٌّ من العتقِ والطَّلَاقِ يصادفها² وهي أمةٌ، لكنَّ عدَّتْها مقدَّرةٌ بثلاثِ حيضٍ اتِّفَاقًا؛ لأنَّها يُحتاطُ في إثابتهَا صيانةً عن الاشتباهِ، بخلاف المسألة الأولى؛ لأنَّ العتقَ ثَمَّةٌ³ شرطٌ، فيقع الطَّلَاقُ بعده.

(أو بموت مولاهما وهو أخوه) أي: إذا قال لامرأته وهي أمةٌ أخيه: إذا مات مولاك فأنت طالقٌ تنتين، فمات المولى، (فورثها) الزوجُ؛ (يوقعهما) أي: أبو يوسف الطلقين، وتحرمُ عليه حرمةٌ مغلظةٌ. (وخالفه) أي: قال⁴ محمد: لا يقع شيءٌ؛ لأنَّ الزوجَ ملكها عقيب موت أخيه، وزال به التَّكاحُ، والطَّلَاقُ أيضًا يوجد عقبه؛ لأنَّه معلَّقٌ به، فيصادفها الطَّلَاقُ فيحال زوال التَّكاحِ، فلا يقعُ. وله: إنَّ ملكَ لوارث لا يتعمَّبُ الموتَ، بل يتحقَّقُ إذا استغنى الميث عن ماله لتجهيزه وأداء دينه؛ لأنَّ كلَّ جزءٍ يجوز أن يكون محتاجًا إليه بتقدير هلاك الباقي، فيصادفها الطلقان وهي أمةٌ منكوحَةٌ.

(ولو وصفه بضربٍ من الزيادة والشدة؛ نوقعه بائنًا لا رجعيًا) أي: قال الشافعي: يقع رجعيًا (في المدخول بها) قيَّد به؛ لأنَّه في غيرها لا يكون رجعيًا اتفاقًا.

(كطالقٍ بائنٍ) أي: كقوله: أنت طالقٌ طلاقًا بائنًا، وهذا توصيفٌ بالشدة معنى؛ لأنَّ البائن أشدُّ من الرجعيِّ. (أو أشده) أي: أشدُّ الطَّلَاقِ، (أو أفحشه) أو أخبثه، أو أسوأه، وتوصيفُ الطَّلَاقِ بهذه الأوصافِ إنَّما يكون باعتبار أثره، وهو البيئونة في الحال. فإن قيل: لو قال: شديدًا؛ كان بائنًا، وفي أشده؛ كان ينبغي أن يكون ثلاثيًا.

قلنا: أفعالُ التفضيلِ يحيي لمطلق⁷ الإثبات؛ كقوله تعالى: ﴿وَيُعَوِّلُهَا أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾ [البقرة، 228/2].

(أو طلاق الشيطان) أي: كقوله: أنت طالقٌ طلاق الشيطان، (أو البدعة) وكلٌّ من هذين الوصفين ينبئ عن البيئونة؛ لأنَّ السنِّي هو الرجعيُّ، فيكون البدعيُّ في غير حالة الحيض بائنًا.

(أو كالجبل) أي: طلاقًا كالجبل، (أو مالأ البيت) وكلٌّ من هذين الوصفين ينبئ عن الزيادة.

وفي «المحيط»: الأصل في هذا: أنَّ الطَّلَاقَ متى شُبِّهَ بشيءٍ يقع بائنًا عند أبي حنيفة، سواء كان المشبَّه به صغيرًا أو كبيرًا، وذكر مع المشبَّه به العظمُ أو لا، وعندهما: إن دُكِرَ معه العظمُ؛ كان بائنًا، كقوله: أنت طالقٌ كعظم السمسم، وعند زفر: إن وصف المشبَّه به بالشدة أو بالعظم؛ كان بائنًا، وإلا؛ فهو رجعيُّ.

قيَّد بقوله: «بضربٍ من الزيادة»؛ لأنَّه لو وصفه بما لا ينبئ عن زيادته، كقوله: أحسن الطَّلَاقِ، أو أسننه، أو أعدله؛ يقع رجعيًا اتفاقًا، ولو وصفه بما لا يوصفُ به الطَّلَاقُ، كقوله: أنت طالقٌ طلاقًا لا يقع عليك، أو أنا مخيَّرٌ فيه؛ يكون رجعيًا اتفاقًا؛ لأنَّ هذا الوصف منافٍ لمقتضى الطَّلَاقِ، فيلغو.

له: إنَّ وصفَ الطَّلَاقِ بالبيئونة وبما يدلُّ عليه مخالفٌ لموجبه، وهو الرجعة، فيلغو، كما لو قال: أنت طالقٌ على أنَّ لا رجعة

لي عليك.

1 ح: وكما.

2 د: تصادفها.

3 ح: ثم.

4 ح - قال.

5 د: رجعتا.

6 ح: كطلاق.

7 د: بمطلق.

ولنا: إنَّ الطَّلَاقَ يحتملُ البينونةَ، كما في الطَّلَاقِ قبلَ الدخولِ، بل الأصلُ فيه البينونةُ؛ لأنَّه رَفَعُ لِقيدِ التَّكاحِ، إلا أنَّ الرجعةَ يثبتُ في الصريحِ الغيرِ الموصوفِ بالبينونةِ بالنصِّ، فبقي فيما وراءه على الأصلِ.

(وإن نوى) بتوصيفه (ثلاثاً؛ يقيناً) لأنَّ البينونةَ متنوِّعةٌ خفيفةٌ وغليلةٌ، فأيهما نوى صحَّتْ نيته.

(أو بالطول والعرض) أي: لو قال: أنت طالقٌ طويلاً أو عريضاً؛ (جعلناه بائناً) وقال زفر: يكون رجعيًّا؛ لأنَّ هذين الوصفين من صفات الأجسام، فيلغو.

ولنا: إنَّ الأمرَ قد يوصفُ بالطول أو العرض، ويكنى به عن شدَّةِ حكمه، فيفيد في الطَّلَاقِ البينونةَ.

(ويقع لإضافته إلى الجملة) أي: إضافة الزوج الطَّلَاقِ إلى جملة أجزاء المرأة، (أو ما ينوبُ منابها كانت) أي: كانت طالقٌ، فالخطابُ لجملتها، (أو وجهك) يعني: وجهك طالقٌ، (أو روحك، أو جسديك) أو فرجك، أو عنقك، أو رأسك، وهذه الألفاظُ يعبرُ¹ بها عن الجملة، قال الله تعالى: ﴿وَيَبْقَى وَجْهُ رَبِّكَ﴾ [الرحمن، 27/55] أي: ذاته، ويقال: هلك روحُ فلان أو جسده أي: نفسه، وقال صلى الله عليه وسلم: «لعن الله الفروجَ على السروج»²، أراد بها: النساءَ، وقال الله تعالى: ﴿فَطَلَّتْ أَعْنَافُهُمْ لَهَا خَاضِعِينَ﴾ [الشعراء، 4/26] أي: ذواتهم، ويقال: أمرى حسنٌ ما دام رأسك أي: ما دمت باقياً.

وفي «المحيط»: لو قال: رأسك طالقٌ، وعنى به اقتصارَ الطَّلَاقِ على الرأسِ؛ لا يبعدُ أن تقول³: لا تطلقُ.

(أو إلى جزءٍ شائعٍ، كصنّفك، أو ثلثك) يعني: إذا قال: نصفك طالقٌ يقعُ؛ لأنَّ الجزءَ الشائعَ محلٌّ للتصرفات كالبيع ونحوه، فيكون محلًّا للطلاقِ أيضاً، إلا أنَّ وقوعه غيرُ متجزّ، فيقع كاملاً.

(وألغيناه) أي: الطَّلَاقِ (فيما لا ينوبُ) أي: في الألفاظِ التي لا يعبرُ بها عن جملة البدن (كيدك) بالرفع على الحكاية، أي: كقوله: يدك طالقٌ، (أو رجلك) وغيرهما مما لا يعبرُ به عن الجملة. وقال زفر: يقعُ.

قيّد بالطلاق؛ لأنَّه لو أضافَ التَّكاحَ إليه لا يجوزُ اتِّفاقاً؛ لأنَّ الحرمةَ في غيره تغلبُ الحلَّ فيه.

له: إنَّه جزءٌ مستمتعٌ به بعقد التَّكاحِ، فيكون محلًّا للطلاقِ، فيسري منه إلى الكلِّ.

ولنا: إنَّ الطَّلَاقَ رَفَعُ القيدِ، فيختصُّ بمحلِّ يضافُ إليه التَّكاحُ، واليدُ وأمثالها لا يجوزُ إضافةُ التَّكاحِ إليها، فلا يكون محلًّا للطلاقِ، والاستمتاعُ باليدِ إنَّما حلَّ تبعاً للحلِّ في جميعها.

فإن قيل: اليدُ يعبرُ⁴ بها عن الجميعِ، كما قال تعالى: ﴿تَبَّتْ يَدَا أَبِي لَهَبٍ﴾ [المسد، 1/111] أراد به: ذاته، وقال صلى الله عليه وسلم: «على اليد ما أخذت»⁵.

قلنا: استعماله غيرُ متعارفٍ، وإنَّما جاء على وجه التُّدرة، حتى إذا كان عند قويم يعبرون به عن الجملة؛ وقع الطَّلَاقُ بأيِّ عضوٍ كان.

(ولو قال: نصفَ تطليقةٍ، أو ثلثها؛ وقعتُ كاملةً) لأنَّ الطَّلَاقَ لا يتجزّأ، فذكرُ بعضه كذكرِ كَلِّه.

وفي «المحيط»: وكذا لو قال: وثلثها وسدسها؛ لأنَّه لم يتجاوزَ عن مجموع أجزاء تطليقةٍ. وإن جاوزَ، كما إذا قال: نصفَ تطليقةٍ وثلثها وربعها؛ فالمختارُ: أنَّه يقعُ ثنتان؛ لأنَّه زاد على أجزاء تطليقةٍ واحدةٍ، فلا بدُّ أن تكون الزيادةُ من تطليقةٍ أخرى، فيتكامل الزيادةُ، وأمَّا لو لم يضافَ الأجزاء إلى تطليقةٍ واحدةٍ، وقال: أنت طالقٌ نصفَ تطليقةٍ وثلثَ تطليقةٍ وسدسَ تطليقةٍ؛ يقعُ ثلاثٌ؛ لأنَّه أضافَ كلَّ جزءٍ إلى تطليقةٍ منكرةٍ، فاقضى كلَّ جزءٍ تطليقةً على حدةٍ.

(أو واحدةً ونصفاً) أي: لو قال: أنت طالقٌ واحدةً ونصفاً (قبل الدُّخولِ) بتلك المرأة؛ (أوقعنا ننتين، لا واحدةً) أي: قال زفر: يقعُ واحدةً.

قيّد بقوله: «قبل الدُّخولِ»؛ لأنَّه لو قال كذا بعده يقعُ ثنتان اتِّفاقاً.

¹ د: تعبر.

² لم نجده إلا في المبسوط للسرخسي، 89/6. وقال الزيلعي في نصب الراية 228/3 غريب جداً؛ وأخرجه علي القاري في الأسرار المرفوعة ص 282، فقال:

لا أصل له.

³ ح: يقول.

⁴ د: تعبر.

⁵ سنن أبي داود، الإجازة 88؛ سنن الترمذي، البيوع 39؛ سنن ابن ماجه، الصدقات 5.

له: إنَّ نصف تطليقةً تطليقةً على حدةٍ، فلما بانث بقوله: واحدة؛ صادفتها الثانية وهي مبائةٌ، فلا يقع، كما لو قال لها: أنت طالقٌ واحدةً وواحدةً.

ولنا: إنَّ هذا الكلامَ واحدٌ معنًى؛ لأنَّه لا يمكن أن يعبَّر عن واحدٍ ونصفٍ بأوجزٍ من هذا، ولا يفصلُ بعضُه عن بعضٍ، فيكون إيقاعًا لهذا العدد جملةً، بخلاف قوله: واحدةً وواحدةً؛ لأنَّ التَّعبيرَ عنه بأوجزٍ منه ممكنٌ بأن يقال: ثنتين.

(أو من واحدةٍ) أي: لو قال: أنت طالقٌ من واحدةٍ (إلى ثلاثٍ؛ فالواقعُ ثنتان) عند أبي حنيفة، (وكذا في الإقرار) يعني: لو قال: لك عندي من درهمٍ إلى عشرة؛ فعليه تسعةٌ عنده. (وقالاً: ثلاثٌ) أي: يقع ثلاثٌ في الطَّلاق، وعليه العشرةُ في الإقرار؛ لأنَّ مثل هذا الكلام يراؤُ به الكلُّ في العرف، كما لو قال: خذ من مالي من درهمٍ إلى عشرة، فإنَّ له أخذَ العشرة، وإنَّما لم يدخل الطَّرْفان في المعنَيَّ فيما إذا قال: بعث من هذا الحائط إلى هذا الحائط؛ لأنَّهما لم يجانسا لِمَا بينهما من الأرض.

وله: إنَّ الاحتجاجَ بالعرف أيضًا؛ لأنَّه يراؤُ من مثل هذا الكلام الأقلُّ من الأكثر والأكثر من الأقلِّ، كما يقال: سني من ستين إلى سبعين، ويرادُ به ما بينهما، فكذا ههنا يقعُ أكثرُ من واحدةٍ وأقلُّ من ثلاثٍ، بخلاف ما استشهدا به؛ لأنَّ إظهارَ الجود والكرم دليلٌ على إرادة الكلِّ.

(وما اكتفينا بواحدةٍ) أي: قال زفر: يقع واحدةً؛ لأنَّ الغايةَ الأولى والثانية لا يدخلان في المعنَيَّ، فبقي المتوسطُ، كقوله¹: بعث من هذا الحائط إلى هذا الحائط، فإنَّ المبيعَ ما بينهما.

روي أنَّ أبا حنيفة قال لزفر: كم سنك؟ قال: سني ما بين ستين إلى سبعين، فقال له: أنت إذا ابن تسع، فتحبَّ زفر.

(أو واحدةً) أي: لو قال: أنت طالقٌ² واحدةً (في ثنتين؛ أوقعنا واحدةً، لاثنتين) أي: قال زفر: يقع ثنتان.

(أو ثنتين في مثلهما) أي: لو قال: أنت طالقٌ ثنتين في ثنتين؛ (فثنتين) أي: أوقعنا ثنتين، (لا ثلاثًا) أي: قال زفر: يقع ثلاثٌ. الخلافُ فيما نوى ضربَ الحساب، وإن نوى الطرفَ؛ يقع في المسألة الأولى واحدةً، وفي الثانية ثنتان إيقاعًا؛ لأنَّ الطَّلاق لا يصلحُ ظرفًا للطلاق، فيلغو الثاني، وإن نوى الجمع؛ يقع الثَّلاثُ إيقاعًا؛ لأنَّ كلمةً في تجيُّ بمعنى مع.

له: إنَّ الضربَ في عرف الحساب تضعيفُ أحد العددين بالعدد الآخر، فضربُ الواحد في العدد لا يؤثِّرُ تضعيفًا، فبقي على حاله، وضربُ الاثنين في الاثنين أربعةً، فيقع ثلاثٌ؛ إذ لا مزيدَ عليه.

ولنا: إنَّ الضربَ يعملُ في تكثير أجزاء الطَّلاق لا العدد، وتكثير أجزاء الطَّلاق لا يوجبُ تعدُّده، فإنَّ إيقاعَ طلاقٍ له ألف جزو كما يقاع طلاقٍ له جزآن، فلا يقع أكثرُ من واحدٍ.

(أو بمكةٍ) أي: لو قال: أنت طالقٌ بمكة، (أو فيها) أي: أو قال: في مكة؛ (طلقتُ في الحال في كلِّ البلاد) لأنَّ ذكر المكان لغوٌ؛ لعدم اختصاص الطَّلاق به.

(أو إذا دخلتها) أي: لو قال: أنت طالقٌ إذا دخلت مكة، (أو في دخولك) مكة؛ (تعلق) وقوع الطَّلاق بدخول مكة، أمَّا مع ذكر «إذا»؛ فظاهريٌّ، وأمَّا مع ذكر «في»؛ فلائِه للطَّرْف، والفعلُ لا يصلحُ أن يكون ظرفًا شاغلًا له، فحُمِلَ على الشرط مجازًا بمناسبة أنَّ كلاً من الطرف والشرط يكون سابقًا على المظروف والمشروط.

(أو غداً) أي: لو قال: أنت طالقٌ غداً؛ (وقع بطلوع الفجر) لأنَّ كونها مطلقاً في جميع الغد يستلزم³ وقوع الطَّلاق في أوَّل أجزاءه.

(أو في غدٍ) أي: لو قال: أنت طالقٌ في غدٍ، (ونوى آخره) أي: آخر النهار؛ (فهو مصدَّق قضاءً) عند أبي حنيفة. (وقالاً): يصدَّق (ديانةً) لا قضاءً؛ لأنَّه وصفها بالطَّلاق في جميع الغد، فإذا ادَّعى تخصيصه بجزو منه لا يصدَّق قضاءً، (كما في غداً) أي: كما لا يصدَّق⁴ إذا قال: أنت طالقٌ غداً، وقال: نويثُ فيه آخرَ النهار.

¹ د: لقوله.

² د - طالق.

³ د: تستلزم.

⁴ د: تصدق.

وله: إنَّ في للظرفيّة، والظرفُ يكون مستوعبًا مَظروفَه وقد لا يكون، فإذا نوى آخَرَ جزءٍ من الغد؛ فقد نوى محتملَ لفظه، فيصدّقُ، بخلاف قوله: غداً؛ لأنَّ الفعلَ اتَّصل به بغير واسطَةٍ، فاقضى استيعابه بأن يكون موصوفَه بالطالقيّة في جميع الغد، وذا إنّما يكون بوقوع الطَّلاق في أوَّل النهار، كما لو نذر أن يصوم في رجب؛ يكتفي صوم يومٍ فيه¹، ولو نذر أن يصوم رجب وجب صوم كله.

(أو اليوم) أي: لو قال: أنت طالق اليوم (وغداً؛ وقعت واحدة) اتِّفاقاً؛ لأنَّ المتصفَةَ بالطَّلاق في اليوم تصيرُ متصفَةً به في الغد أيضاً، فلا حاجة إلى إيقاعٍ أخرى.

(أو غداً واليوم) أي: لو قدّم الغد على اليوم (أوقعنا اثنين) وقال زفر: يقع واحدة؛ لأنَّ الإيقاع واحدٌ، والظرفَ الثاني محمولٌ على الأوَّل؛ لأنَّه للجمع لا للتّرتيب كما في المسألة الأولى.

ولنا: إنّها إذا طلقت في غدٍ²؛ لا تصيرُ طالقاً في اليوم، فينبغي أن يقع طلقةً أخرى في اليوم تحقّقاً لمعنى العطف، بخلاف ما سبق؛ لأنَّها إذا طلقت في اليوم؛ يكون طالقاً في الغد بهذا الطَّلاق، فلا حاجة إلى طلقةٍ أخرى.

اعلم أنّ الخلاف فيما إذا وُجدَ العطف، وأمّا إذا لم يوجد؛ يقع واحدةً اتِّفاقاً؛ لأنَّه إذا قال: أنت طالق غداً اليوم؛ يكون اليوم صفةً لغدٍ، وهو لا يصلح أن يكون صفةً له، فيلغو. ولو قال: أنت طالق اليوم إذا جاء غدٌ؛ لا يقع قبل غدٍ؛ لأنَّه تعليقٌ، وذكر اليوم يكون لبيان وقت التعليق.

(أو كل يوم) أي: لو قال: أنت طالق كل يوم، (ولا نيّة) له بالثلاث؛ (أوقعنا واحدة، لا ثلاثاً في ثلاثة أيام) أي: قال زفر: يقع ثلاثٌ في ثلاثة أيام.

قيّد بقوله: «ولا نيّة»؛ لأنَّه لو نوى الثَّلاث صحَّت، ويقع³ كل يوم واحدةً اتِّفاقاً.

له: إنّ كلمة كلٍّ للمعوم والتكرار، فيتكرّر الطَّلاق بتكرار اليوم، كما لو قال: أنت طالق في كل يوم.

ولنا: إنه جعل الأيام كلّها ظرفاً واحداً، فلم يقتضِ إلا مَظروفاً واحداً، ولهذا قالوا: لو حلف لا يكلّم كلَّ يوم من رجب زيداً، فكلم يوماً منه حنثٌ، ولو قال: في كل يوم لا يحنث حتى يكلّمه في كل يوم منه، بخلاف قوله: طالق في كل يوم؛ لأنَّ في حرف جرٍّ موضوعٌ لإيصال⁴ معنى الفعل إلا ما بعده، فيكون ظرفاً للإيقاع أو الوقوع، فيتكرّر بتكرّر اليوم؛ لأنَّ الفعل في اليوم الأوَّل ليس نفسَ الفعل في الثاني.

(أو أمس) أي: لو قال: أنت طالق أمس (وقد تزوّج اليوم؛ لم تطلق) لأنَّه أضاف الطَّلاق إلى وقتٍ لم يكن مالِكاً فيه، فلغا، كما إذا قال: أنت طالق قبل أن أُخلق، بخلاف ما لو قال لعبد: أنت حرٌّ أمس، وقد اشتراه اليوم، حيث يعتق عليه؛ لإقراره له بالحرّيّة قبل ملكه، وهي تنافي أن يملكه، وكونها مطلقّةً أمس لا ينافي ملكها اليوم بالتكاح. وإنّما لم يجعل قوله: أنت طالق إنشاءً في الحال؛ لأنَّه إنّما يُجعل إنشاءً إذا تعدّر جعله خبراً لِمَا مرّ تقريره.

(ولو كان تزوّجها من قبل) أي قبل أمس؛ (طلقت الآن) أي: في الحال؛ لأنَّه لَمَّا قصدَ الإيقاع في الماضي⁵، وهو ليس في وسعه؛ ثبت به ما في وسعه، وهو الإيقاع في الحال.

(أو إلى شهر) أي: لو قال: أنت طالق إلى شهرٍ؛ (يوقعه) أي: أبو يوسف الطَّلاق (في الحال) وقال: تطلق عند انتهاء الشهر. وهذا⁶ إذا لم يكن له نيّة، فإن نوى التنجيز؛ يقع في الحال اتِّفاقاً.

له: إنّ كلمة إلى للتأجيل، والطَّلاق لا يحتمله، فيبطل التأجيل، فتطلق في الحال.

ولهما: إنّ الإيقاع يحتمل التأجيل، وإن كان الواقع لا يحتمله، فيجعل تأجيلاً للإيقاع كالتعليق.

1 ح - فيه.

2 د - غد.

3 د: وقع.

4 ح: لاتصال.

5 ح: الماضي.

6 د: هذا.

(أو) قال: (إن لم أطلقك فأنت طالق؛ طلقت في آخر أجزاء حياته) لأن الشرط . وهو عدم التطليق . إنما يتحقق باليأس عن¹ الحياة، فإن لم يدخل بها؛ فلا ميراث؛ لأنه فارق، وامرأة الفارق إنما ترث منه إذا كانت في العدة، وغير المدخول بها لا عدة لها، وكذا لو ماتت طلقت قبل موتها؛ لأنها إذا بقيت من حياتها ما لا يسع فيه صيغة التطليق تحقق عدم التطليق مع بقاء المحل.

(أو متى لم أطلقك) أي: إذا قال: أنت طالق متى لم أطلقك؛ (طلقت حين سكت) لأنه أضاف الطلاق إلى وقت خال عن التطليق؛ لأن متى من ظروف الزمان، فإذا سكت وجد الشرط.

(وإذا مثل إن) في الحكم عند أبي حنيفة، حتى لو قال: أنت طالق إذا لم أطلقك؛ تطلق في آخر جزء حياته. (وقالا: مثل متى) فتطلق حين سكت. هذا إذا لم يكن له نية، وإن نوى منه² معنى الشرط يكون كيان، وإن نوى معنى الوقت؛ يكون كمتى اتفاقاً. **لهما: إن «إذا» للوقت في الأصل، كما قال تعالى: ﴿وَاللَّيْلِ إِذَا يَغْشَى﴾ [الليل، 1/92]**، ولهذا لو قال: أنت طالق إذا شئت؛ لا يخرج الأمر من يدها إذا قامت مجلسها، كقوله: متى شئت.

وله: إن «إذا» استعمل³ للشرط أيضاً، فإذا أريد به الوقت؛ يقع الطلاق، وإن أريد به الشرط؛ لا يقع، فلا يقع⁴ بالشك، وفي مسألة⁵ المشيئة لَمَّا صار الأمر بيدها لم يخرج بالشك.

فإن قلت: إذا تردّد الأمر؛ كان الاحتياط في الوقوع تعليلاً لجانب الحرمة.

قلنا: يرجح جانب الحل بالأصالة؛ لأنها كانت في عصمته بيقين، فلا تطلق بالاحتمال.

(أو متى لم أطلقك) أي: لو قال لامرأته: متى لم أطلقك⁶ (واحدة فأنت) طالق (ثلاثاً، ووصل) بيمينه (أنت طالق؛ أوقعا هذه) أي: الطلقة الواحدة. (لا الثلاث) أي: قال زفر: يقع الثلاث؛ لأنه وجد زماناً خال عن التطليق، وهو زمان قوله: أنت طالق قبل أن يتكلم بالقاف.

ولنا . وهو الاستحسان: . إن زمان البر مستثنى عن اليمين بدلالة حال الحالف؛ لأن البر إنما يتصور إذا وجد زماناً يمكن إيقاع الطلاق فيه، فصار كما لو صرح بذلك؛ لأن الثابت بالدلالة كالثابت بالتصريح.

(أو قبل قدوم فلان) أي: لو قال: أنت طالق قبل قدوم فلان (بشهر) فقدم بعد شهر؛ (أوقعناه) أي: إلى الطلاق (مقتصرًا) على حال القدوم مقارناً له. (لا مستندًا) أي: قال زفر: يقع مستندًا إلى أول الشهر؛ لأن القدوم معرف للوقت المضاف إليه الطلاق؛ لأنه أوقع الطلاق في شهر قبل القدوم، فوجب أن يقع من أول الشهر، كما إذا قال: أنت طالق قبل رمضان بشهر، فإنه يقع عن أول شعبان اتفاقاً.

ولنا: إن القدوم بمعنى الشرط؛ لكونه على خطر الوجود، فألحق به، فلا يتقدمه الجزاء، بخلاف رمضان؛ لأنه كائن لا محالة، فيكون معرفًا لا شرطًا، فيقع⁷ مستندًا.

(أو قبل) أي: لو قال: أنت طالق قبل (موت فلان بشهر، فمات) فلان (لتمامه) أي: وقت تمام شهر؛ (فهو مستند) أي: الطلاق واقع عند أبي حنيفة من أول الشهر. (وقالا: مقتصر) أي: واقع حال الموت⁸.

قيّد بقوله: لتمامه؛ لأن فلاناً لو مات قبل تمام الشهر؛ لا تطلق اتفاقاً؛ لعدم شهر قبل الموت.

لهما: إن الشرط شهر قبل الموت ومتصل به، وقبلئنه لا يثبت إلا بالموت، فصار كالقدوم.

وله: إن الجزاء لا يقتصر على المعرف، ويقتصر على الشرط، والموت هنا ليس بشرط؛ لأن الشرط ما يكون وجوده محتملاً، والموت كائن لا محالة، فيكون الموت معرفًا للوقت المضاف إليه الطلاق، فيقع في أول الوقت المضاف إليه، كما في قوله: أنت طالق قبل رمضان بشهر.

1 ح: من.

2 د: فيه.

3 د: يستعمل.

4 ح - فلا يقع.

5 ح: المسألة.

6 د: أطلق.

7 ح: فيكون.

8 د: القدوم.

وفائدة الخلاف في الاقتصار والاستناد تظهر في مسائل:

منها: إنَّ العدة تعتبر¹ عنده من أول الشهر، وعندهما من الحال.

وفي «الجامع الكبير» لفاضي خان: الأصحُّ: أنَّ العدة من حال الموت اتِّفَاقًا، وعليه الفتوى.

ومنها: إنَّه لو وُطِّئَ في الشهر يصير مراجعًا عنده خلافًا لهما.

ومنها: إنَّ الطَّلَاق إذا كان ثلاثًا وقد وطئها في الشهر؛ عُزِمَ العقر عنده خلافًا لهما.

(أو قبل موتي) أي: لو قال: أنت طالق قبل موتي بشهرٍ، (أو موتك) أي: أو قال: قبل موتك، فمات لتمام الشهر؛ (فهو مستند) عند أبي حنيفة (ولا إرث، وألغياه) أي: قال: لا يقع الطَّلَاق، فلها الإرث.

أقول: قوله: «ولا إرث» لا يصحُّ أن يكون معطوفًا على قوله: «مستند»؛ إذ لا معنى لقوله: فهو لا إرث لها، بل هو معطوفٌ على الجملة الاسميَّة، تقدُّيره: فلا إرث لها.

وهنا مسألتان: إحداهما²: قوله: «فهو مستند» أردف قولهما؛ لكونه غير معروفٍ منه.

والأخرى: «لا إرث لها»، ولم يردف قولهما؛ لكونه في طرف الإثبات منه. أنظر كيف أوردَ الجملة النافية دالةً على قول أبي حنيفة، وقد جعلها في الديباجة من أوضاع الوفاق؟

إنَّما قيَّدنا موته بتمام الشهر؛ لأنَّه لو مات قبل تمامه لا يقع الطَّلَاق، ولها الميراث اتِّفَاقًا. كذا في «المصنعي».

وهذا الخلاف مبنيٌّ على ما سبق من أنَّ الموت معرَّفٌ للزمان عنده، فيقع الطَّلَاق قبله، فعليها العدة بالحيض، فلا ترثُ منه إن كان صحيحًا في ذلك الوقت، وعندهما كالشرط، فيبطلُ تعليقُ الطَّلَاق به، كما لو قال: إن متَّ فأنت طالق، وعليها عدة الوفاة.

(أو آخر ما أملكه أو أتزوجها حرٌّ وطاقق) فيه لفٌّ ونشْرٌ، يعني: آخرُ عبدٍ أملكه حرٌّ، وآخرُ امرأةٍ أتزوجها طالق، فملك عبدًا، ثُمَّ عبدًا، أو تزوج امرأةً، ثُمَّ امرأةً، ثُمَّ مات، (فالجزاء واقعٌ على آخرهما مستندًا) إلى وقت الملك والتزوج عند أبي حنيفة. وقال: يقع مقتصرًا على الموت.

وفي «النهاية»: لو قال: آخر امرأةٍ أتزوجها فهي طالق، فتزوج امرأةً، ثُمَّ أخرى، ثُمَّ طلق الأولى، وتزوجها، ثُمَّ مات؛ لم تطلق، وطلقت التي تزوجها مرَّةً؛ لأنَّ التي أعاد عليها التزوج اتَّصفتُ بكونها أولًا، ولا تتصفُ بكونها آخرًا.

وفائدة الخلاف تظهر في مسائل:

منها: إنَّ العتق عنده يعتبر من جميع المال إن كان صحيحًا عند الشراء، ومن الثلث إن كان مريضًا، وعندهما من الثلث مطلقًا.

ومنها: إنَّ العبد يرث من قريبه الذي مات بعد الملك عنده، ولا يرث عندهما.

ومنها: إنَّ الأخيرة طلقت من حين تزوجها، وإن كان دخل بها؛ فلها المهرُ ونصفُ المهر، وعدَّتْها بالحيض بلا جدادٍ، ولا ميراثٍ لها عنده³، وعندهما عليها العدة بأبعد الأجلين من الوفاة والطَّلَاق، ولها مهرٌ واحدٌ، وإن كان الطَّلَاق رجعيًا؛ فعليها عدة الوفاة، وترثُ المرأةُ لكونه فارًا؛ لأنَّ تحقُّقَ الشرط في المرض بمنزلة الإيقاع فيه.

لهما: إنَّ الموت كالشرط؛ لأنَّ أختة العبد أو المرأة إنَّما يتحقَّقُ بالموت؛ إذ قبله كان يمكن أن يملك عبدًا آخر أو يتزوج امرأةً أخرى، فيقع الطَّلَاق مقتصرًا على الموت، كما لو قال: إن لم أشرِّ عليك عبدًا فأنت حرٌّ، ثم مات، فإنَّه يعتق مقتصرًا.

وله: إنَّه علَّقَ العتق أو الطَّلَاق بفعلٍ موصوفٍ، وهو تملكُ آخرٍ عبدٍ أو تزوجِ آخرٍ امرأةً، وقد تحقَّقَ هذا الفعل من وقت الملك والتزوج آخرًا، والموت معرَّفٌ له لا شرطه، فيقع من ذلك الوقت.

(أو أطولكما) أي: لو قال لامرأته: أطولكما (عمرًا طالق الآن) أي⁴: في هذه الساعة؛ (أوقعناه على الباقية حال موت الأخرى، لا مستندًا) يعني: إحداهما إنَّما تطلق إذا ماتت الأخرى اتِّفَاقًا؛ لأنَّ المراد منه: طولُ الحياة في المستقبل لا في الماضي، حتى إذا كانت إحداهما بنت خمسٍ سنين والأخرى بنت خمسٍ وستين؛ لا تطلق العجوز، لكنَّ طلاقها يقع مقتصرًا على موت صاحبتها عندها، ومستندًا عند زفر.

1 ح: يعتبر.

2 ح: أحدهما.

3 د: تزوجها فلا عدة عليها.

4 د - أي.

له: إنَّ الباقيةَ عرف أنَّها أطولُ عمراً وقت الكلام، فيقع الطَّلَاقُ من ذلك الوقت.
ولنا: إنَّ الموتَ في معنى الشرط، فمعناه: إن مات إحداكما فالأخرى طالقٌ، فيقتصرُ عليه.
(ولو شهد واحدٌ بواحدةٍ وآخرُ بشنتين) يعني: إذا ادَّعت على زوجها أنَّه طلقها، فأقامتُ شاهدين شهد أحدهما بطلاقِ الآخر بطلقتين؛ (فالقاضي لا يحكم بشيءٍ) عند أبي حنيفة. (وقالوا: بواحدةٍ) أي: يقضي بطلاقِ.
قيّد بلفظ التثنية؛ لأنَّه لو شهد أنَّه طلقها واحدةً وواحدةً، والآخرُ شهد أنَّه طلقها واحدةً؛ يقبل في الواحدة اتِّفاقاً. من «الحقائق».
لهما: إنَّهما اتَّفقا على وقوع طلاقٍ، فيقبلُ شهادتهما فيه، كما إذا شهد أحدهما بطلاقِ الآخر بطلاقٍ ونصفٍ.
وله: إنَّ موافقةَ الشاهدين فيما شهدا به لفظاً ومعنى شرطُ جواز القضاء، حتى إذا شهد أحدهما أنَّه قال لها: أنت بريئةٌ، وشهد الآخرُ أنَّه قال: أنت خليةٌ؛ لا يقضى بشيءٍ، والطلقتان غيرُ طلاقٍ لفظاً ومعنى، بخلاف ما استشهدا به؛ لأنَّهما اتَّفقا على لفظه طلاقٍ، وذكرُ نصف طلاقٍ كذكر كلِّه، فيكون للتأكيد، فيتَّفقان لفظاً ومعنى.
(وكذا الخلافُ في: طَلَّقِي) أي: فيما إذا قال لامرأته: طلقي (نفسك واحدةً، فطلَّقتُ ثلاثاً) فعند أبي حنيفة: لا يقع شيءٌ، وعندهما: يقع واحدةً.

لهما: إنَّها أتت بما ملكته، وهي واحدة، وبزيادةٍ، فيقع ما ملكته، ويلغو الزيادةُ، كما لو طلقها الزوجُ ألفاً يقع ما ملك، وهو الثلاثُ، ويلغو الزيادةُ.
وله: إنَّها لم تأت بما ملكته؛ لأنَّ الزوجَ ملكها الواحدة، وهي أنت بالثلاث، فكانت مخالفةً مبتدئةً، والثلاثُ إذا لم يثبت لا يثبت ما في ضمنه، بخلاف الزوج؛ لأنَّه تصرفَ بالملك لا بالأمر والتفويض.
(ورددنا شهادتهما بطلاقٍ إحداهنَّ عيناً مع نسيانها) يعني: إذا شهد رجلان على رجلٍ أنَّه طلق إحدى نساياه بعينها، لكنَّ نسياناً؛ لا يقبل عندنا، ويقبل عند زفر، فيحالُ بينه وبينهنَّ حتى يعين المطلقه منهنَّ.
له: إنَّ جهالةَ المطلقة لا تمنع قبولَ الشهادة، كما لو شهدا أنَّه طلق إحداهنَّ بغير عينها.
ولنا: إنَّهما اعترفا على أنفسهما بالغفلة، فلا تقبل¹ بشهادتهما، بخلاف المسألة المقيسة عليها؛ لأنَّهما لم يقرَّا على أنفسهما بالغفلة.

وفي «المحيط»: لو طلق إحدى زوجتيه؛ فعليه البيانُ، وتجب العدةُ من وقت البيان؛ لأنَّ له حكمَ الإنشاء، ولو نسي لا يقرُّهما احتياطاً؛ لأنَّ العملَ بالتحريج في الفروج غيرُ صحيح، ولو قرب؛ تعيَّنت الأخرى حملاً لفعله² على ما يحلُّ شرعاً. ولو ماتت إحداهما؛ تعيَّنت الأخرى للطلاق. ولو قال: عنيت الميمية؛ صدِّق في حقِّ الطلاق، فلا يرثُ منها، ولا يُصرفُ الطلاقُ على الباقية؛ لأنَّها تعيَّنت له ظاهرًا، ولو مات الزوج قبل البيان؛ ورثنا ميراثَ امرأته بينهما.

(فصلٌ) في طلاق غير المدخول بها، وفي أيمان الطلاق

(وإذا طلق قبل الدخول ثلاثاً وقعن) لأنَّ الطلاقَ المقرونَّ بالعدد لا يقع قبل ذكره، فيقعن جملةً.
وفي «المشكلات»: من طلق امرأته الغير المدخول بها ثلاثاً؛ فله أن يتزوجها بلا تحليل، وأمَّا قوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ [البقرة، 230/2]؛ ففي حقِّ المدخول بها.
(فإن فرَّق) أي: قال: أنت طالق طالق طالق؛ (بانث بالأولى) لأنَّ وقوعها غيرُ متوقِّفٍ على ما بعده، ولغا الباقي لفوات المحلِّ؛ لأنَّها غيرُ معتدَّةٍ.

(أو قال): أنت طالق (واحدةً وواحدةً، أو) قال: أنت طالق واحدةً (قبل واحدةٍ، أو بعدها واحدةً؛ بانث بواحدةٍ) والأصلُ فيه: أنَّ الظروفَ وهو قبل أو بعد إن لم يذكر بالضَّمير؛ يكون صفةً لِمَا قبله، وإن ذكرتُ به؛ يكون صفةً لِمَا بعده.
إذا تحقَّق هذا، فقوله: قبل واحدةً صفةً لِمَا قبله، فسبق الواحدة الأولى في الوقوع، فبانث لا إلى عدَّةٍ، وفي قوله: بعدها واحدةً البعديةُ صفةً للواحدة الثانية، فيقع الأولى، فلم يبقَ أيضاً محلاً للأخرى.

¹ ح: يقبل.

² ح: بفعله.

(أو قبلها) أي: لو قال: أنت طالق واحدة قبلها (واحدة، أو) قال: واحدة (بعد واحدة، أو مع واحدة، أو معها) أي: معها واحدة؛ (وقعتا) لأنَّ القبليَّة في قوله: قبلها صفةٌ للثانية، فافتضى أن يكون الثانيةً أوَّلاً، ولا يمكن إيقاع الثانية¹ متقدِّمةً على الأولى، فوَقعتا معاً. وأمَّا قوله: بعد واحدٍ؛ فالبعديَّةُ صفةٌ للأولى، فيقتضي تأخُّر الأولى، وهو غيرُ ممكنٍ بعدما أُوجِبَتْها، فيثبت ما هو ممكنٌ²، وهو أن يجمع الثانيةً بها، فيقعان. وأمَّا كلمة «مع»؛ فللقران قرنت بالضمير أو لا، فافتضى وقوعهما معاً.

(أو إن دخلتِ الدار) أي: لو قال لامرأته ولم يدخل بها: إن دخلتِ الدارَ فطالقٌ وطالقٌ وطالقٌ، (أو تزوجتك) أي: لو قال لأجنبيَّة: إن تزوجتك (فطالقٌ وطالقٌ وطالقٌ) فدخلتِ الدارَ في المسألة الأولى، وتزوجها في الثانية؛ (فالأولى) أي: الطلقة الأولى (واقعة) عند أبي حنيفة. (وقالا: كلُّها) واقعة؛ لأنَّه جمع بين الثلاث بحرف الجمع، وأوقعها حال وجود الشرط، فيقع كلُّها، كما إذا أحرَّ الشرط، وكما لو جمعها بلفظ الجمع.

وله: إن المعلق كالمذكور عند الشرط، ولو قال لها منجزاً: أنت طالقٌ وطالقٌ؛ يقع واحدة، فكذا هذا، بخلاف ما إذا أحرَّ الشرط؛ لأنَّ صدرَ الكلام يوقف على آخره لوجود المعير، ولا كذلك إذا تقدَّم الشرط، وبه يتبين أنَّ الجمع بحرف الجمع كالجمع بلفظه في حق أصل التعليق، لا في حق كَيْفِيَّتِهِ.

(أو بضم) أي: لو عطف بضم، (فإن قدَّم الشرط) أي: لو قال لغير المدخول بها: إن دخلتِ الدارَ فأنت طالقٌ ثمَّ طالقٌ ثمَّ طالقٌ؛ (فالأولى معلَّقةٌ والثانية منجزَّة) والثالثة لغوٌ عند أبي حنيفة، (أو آخر) أي: لو قال لها: أنت طالقٌ ثمَّ طالقٌ ثمَّ طالقٌ إن دخلتِ الدارَ؛ (فالأولى منجزَّة، والباقي لغوٌ) عند أبي حنيفة. (وإن قدَّم الشرط) (في المدخول بها؛ فالأولى معلَّقة، والباقي منجزٌ. أو آخر) الشرط؛ (فالثالثة معلَّقة، والباقي منجزٌ. وقالا: يتعلَّق الكل) أي: الثلاث (مطلقاً) أي: سواء كانت مدخولاً بها أو لا، وقدَّم الشرط أو أحرَّ؛ لأنَّ «ثمَّ» عطفٌ على سبيل التراخي، فباعتبار العطف يتعلَّق الكلُّ بالشرط، وباعتبار التراخي يكون الثاني مرتباً على الأوَّل، فإذا كانت مدخولاً بها؛ يقع الكلُّ على الترتيب لقيام المحلِّ، وإن لم يكن مدخولاً بها؛ بانث بالأولى، ولغا الباقي.

وله: إنَّ المعطوف بضم في حكم المنقطع عما قبله، فكأنَّه سكَّت عن الأوَّل، واستأنف الثاني قولاً بكمال التراخي، ولو فصل بينهما بالسكوت، بأن قال: أنت طالقٌ، وسكَّت، ثمَّ قال: وطالقٌ إن دخلتِ الدارَ؛ كان يمنع التعليق، فكذا العطف يمنعه، فإذا قدَّم الشرط في غير المدخول بها؛ تعلَّقت الأولى، ثمَّ يُجعل مستأنفاً للطلاق، فيتجزُّ الثانية، فتبين، وتلغو³ الثالثة لفوات المحلِّ، وإذا أحرَّ الشرط؛ وقعت الأولى، والباقيتان لغوٌ؛ لأنَّه تعليقٌ في غير الملك، وإذا قدَّم الشرط في المدخول بها؛ يكون الأولى معلَّقة، والثانية منجزَّة؛ لعدم تعلُّقها بالأولى، والثالثة أيضاً لقيام العدة، وإذا أحرَّ الشرط؛ وقعت الأولى والثانية منجزتين؛ لعدم تعلُّقهما بالشرط، والعدة قائمة، وتعلَّقت الثالثة لقيام المحلِّ.

(ونجيزُ تعليقه بالتكاح) كقوله لأجنبيَّة: إن تزوجتك فأنت طالقٌ، وقال الشافعي: لا يجوز؛ لأنَّ التعليق تأخيرُ التنجيز، وهو لا يملك تطليق أجنبيَّة تنجيزاً، فكذلك لا يملك تعليقاً.

ولنا: إنَّ المعلق كالمملوق عند الشرط، فيكون كأنَّه قال بعد الزواج: أنت طالقٌ، فيقع. وإن قيل: لو علَّق الطلاق، ثمَّ جُرَّ عند الشرط؛ تطلق، ولو كان كالمملوق عنده؛ لمَّا وقع لانعدام الأهلية. قلنا: هو إيقاع حكماء، والمجنون أهلٌ له، بدليل أنَّ أخاه عتق عليه إذا ملكه، وقوله: التعليق تأخيرُ التنجيز ممنوعٌ، بدليل أنَّه لو قال لأمته: إذا ولدتِ ولدًا فهو حرٌّ صحَّ، مع أنَّه لم يملك تنجيزَ العتق في الولد المردوم. كذا ذكره صاحب «الكافي».

والحاصل: إنَّ الإيقاع المعلق سببٌ في الحال عند الشافعي، والشرط يمنع ترتب أثره عليه، ولهذا شرَّط الملك وقت التعليق، وعندنا: التعليق يمينٌ في الحال، فلا يشترط صحَّته على ملك المحلِّ كاليمين بالله، وإنَّما يصيرُ سبباً للطلاق إذا وُجد الشرط، كالرمي، فإن عينه ليس بقتل، وإذا وصل إلى المحل يصيرُ قتلاً.

وفي «المحيط»: هذا إذا صرَّح التكاح، ولو قال: كلُّ امرأةٍ أجمعتُ معها في فراشي فهي طالقٌ، فتزوج امرأةً؛ لا تطلق. وكذا لو قال: كلُّ جاريةٍ أطؤها فهي حرة، فاشترى⁴ جاريةً فوطئها؛ لم تعتق؛ لأنَّ العتق غيرُ مضافٍ إلى الملك.

¹ د: الثاني.

² د: يمكن.

³ ح: ويلغو.

⁴ د: واشترى.

(وأجازوه) أي: تعليق الطلاق بالنكاح (مع التعميم) كقوله: كلُّ امرأةٍ أتزوجها فهي طالقٌ. وقال مالك: لا يجوز. قَيِّد بالتعميم؛ لأنه إن خصَّ بلدًا أو قبيلةً أو صفةً، كما إذا قال: كلُّ امرأةٍ أتزوجها من كوفةٍ أو من الهند أو ثيبًا فهي طالقٌ؛ يجوز اتِّفَاقًا.

له: إنَّه إذا عمَّ على نفسه طريقَ استباحة البضع يكون فيه تعريضَ نفسه للزنا، فلا يجوز. ولنا: إنَّ هذا يمينٌ، ولهذا لو حلف أن لا يحلف، فعَلَّق الطلاقَ بشرطٍ؛ يحنثُ، واليمينُ معتبرٌ إذا صدر من أهله، وما لم يوجد الشرطُ فهو يمينٌ لا طلاقٌ. وفي «الخبائية»: لو قال: كلُّ امرأةٍ أتزوجها فهي طالقٌ إن كلمت فلانًا، فتكلم، ثُمَّ تَرَوَّج؛ لا تطلق. ولو تَرَوَّج، ثُمَّ تكلم؛ تطلق، وكذا كلما.

(ولو قال: إن تزوجتك فأنت طالقٌ قبله) ثُمَّ نكحها؛ (يوقعه) أي: أبو يوسف الطلاقَ عقيب النكاح. وقالوا: لا يقع به شيءٌ. له: إنَّه علقَ الطلاقَ بالنكاح، وذكر معه وقتًا لا يقدرُ إيقاعَ الطلاقِ فيه، فلغا ذكرَ الوقت، وبقي التعليقُ، فيقع. ولهما: إنَّ المعلقَ بالشرطِ كالمفوضِ عنده، ولو قال عند النكاح: أنت طالقٌ قبل أن أنكحك؛ لا تطلق، فكذا هذا. (وإذا علق) الطلاقَ (بشرطٍ بأحد ألفاظه) أي: ألفاظ الشرط، (كإن، وإذا، وإذا ما، ومتى، ومتى ما، وكلٌ، وكلما) كلمة كل ليس من ألفاظ الشرط، ولهذا يدخل الاسم، إنَّما عدَّ منها باعتبار أنَّ الحكمَ يتعلَّقُ بالفعل الذي يلي مدخوله كتعلُّقه بالشرط، كما إذا قال¹: كلُّ عبدٍ اشتريه فهو حرٌّ؛ لا يعتقُ غيرُ مشتراه.

(في ملكٍ) أي: في امرأةٍ مملوكةٍ له بالنكاح، (أو مضافٍ إليه) أي: إلى الملك، أراد به: التعليقُ به، كقوله: إن ملكتك فأنت طالقٌ، وكذا التعليقُ بسببه، وهو التزوُّج؛ لأنَّه سببُ الملكِ ومضافٌ إليه. (صح) هذا إذا كان التعلُّقُ بصريح الشرط، وإن كان بمعنى الشرط، كقوله: المرأةُ التي أتزوجها طالقٌ؛ فإنما يتعلَّقُ إذا كانت غيرَ معينة، وإن كانت معينةً كقوله: هذه المرأةُ التي أتزوجها لا يقع الطلاقُ؛ لأنَّه عرَّفها بالإشارة، ولا يراعى فيها الصفةُ، فبقي قوله: هذه المرأةُ طالقٌ. وإنَّما قيَّد بملكٍ أو بمضافٍ إليه؛ لأنَّ التعليقَ يمينٌ، والغرضُ منه غالبًا حملُ النفس على الفعل أو منعه عنده، ولو لم يملكه في الحال حتى يحترزَ عن الشرط، ولو لم يُضَفَّه أيضًا إلى الملك حتى يحترزَ عن تحصيل الملك؛ لم ينعقد اليمينُ؛ لانعدام الغرض منه. فإن قيل: لو قال لامرأته: إذا حضبت فأنت طالقٌ؛ فهو يمينٌ، وليس فيه ذلك الغرضُ. قلنا: العبرة للغالب لا للشاذِّ.

(ولا يبطل) اليمينُ (بزوال الملك) حتى إذا قال: إن دخلت الدارَ فأنت طالقٌ، ثُمَّ أبانها بواحدةٍ، وانقضت عدَّتُها، ثُمَّ تزوجها، فدخلت الدارَ؛ طلقت؛ لأنَّ الطلاقَ ما لم يبلغ ثلاثًا؛ فمحلُّ اليمين، واليمينُ باقٍ ببقاء محلِّه. (فإن وجد فيه) أي: الشرط في ملكٍ (انحلَّت اليمين، ووقع المعلقُ عقيبه) أي: وقع الجزاءُ عقيبَ وجود الشرط. (وإلا) أي: إن لم يوجد فيه، بل وجد في غير ملكٍ، (انحلَّت) اليمينُ بوجود الشرط، (ولا يقع) الطلاقُ؛ لأنَّ المحلَّ غيرُ قابلٍ. (ولا يتكرَّر) الجزاءُ بتكرُّر الشرط، (إلا في: كلما) لاقتضاءها العمومَ المستلزمَ للتكرار حتى ينتهي الطلقاتُ الثلاثُ، وغيرها لم يقتض العمومُ، فالشرطُ يتمُّ بوجوده مرَّةً، ولا بقاءً لليمين بدون الشرط.

(وأنهينا التكرارَ بانتهاء الثلاث) يعني: في صورة التعليق بـ«كلما» إذا تزوجت بعد الثلاث بزواجٍ، وعادته إليه، فوجد الشرطُ في الملك الثاني؛ لم تطلق عندنا. وقال زفر: تطلق؛ لأنَّ كلمة «كلما» للتكرار. ولنا: إنَّه إنَّما علقَ بما يملك من الطلقات، وقد انتهى ذلك، فينتهي اليمينُ ضرورةً. اعلم أنَّ هذا الخلافَ فيما إذا لم يدخل «كلما» على نفس التزوُّج، وإن دخل عليه؛ لا ينتهي التكرارُ اتِّفَاقًا، بل يحنث بكلِّ مرَّةٍ وإن كان بعد زوجٍ آخر؛ لأنَّ اليمينَ باعتبار ما سيحدث من الملك، وهو غيرُ متناهٍ.

وفي رواية «المنتقى» عن أبي يوسف: هذا إذا كانت المرأةُ معينةً، ولو أبهم، وقال: كلما تزوجت امرأةً فهي طالقٌ، فتزوج امرأةً؛ طلقت، فإن تزوجها ثانياً؛ لم تطلق، كما إذا قال: كلما اشتريت هذا الثوب فهو صدقةٌ؛ يلزمه التصدُّق بكلِّ مرَّةٍ، ولو قال: كلما اشتريت ثوباً فهو صدقةٌ؛ لا يلزمه ذلك إلا مرَّةً.

¹ د: قلت.

(وأبطلناه بتنجيزها) أي: إذا قال: إن دخلت الدار فأنت طالق ثلاثاً، ثم نجّزها، وقال: أنت طالق ثلاثاً، فتزوجت بزوج آخر، ثم عادت إليه، فدخلت الدار؛ لم تطلق عندنا. وقال زفر: تطلق.

قيّد بتنجيز الثلاث؛ لأنه لو طلقها ننتين، ثم عادت إليه بعد التزوّج، فدخلت الدار؛ تطلق ثلاثاً اتّفاقاً. من «الحقائق». له: إن زوال الملك لا يبطل التعليق، كما إذا قال لعبد: إن دخلت هذه الدار فأنت حرٌّ، ثم باعه وعاد إلى ملكه، فدخلها؛ عتق.

ولنا: إن تعليقه كان باعتبار ملكه الموجود، وبوقوع الثلاث عليها ارتفع الملك ومحلّية الطلاق بالكلية، فبطل التعليق، بخلاف البيع؛ لأن ملك العبد له غير محدود، فكان محلاً.

(ولحاقه) أي: لحاق الزوج بدار الحرب حال كونه (مرتداً) بعدما علق طلاق امرأته بشرط كالدخول ونحوه، ثم دخلت الدار وهي في العدة (مبطل لتعليقه) عند أبي حنيفة، يعني: لا تطلق. وقال: تطلق.

قيّد باللحاق؛ لأنه لو لم يلحق لا يبطل تعليقه اتّفاقاً. وفائدة الخلاف نظهر فيما إذا جاء تائباً مسلماً إلينا، وتزوج هذه المرأة؛ لا ينتقص عدو الطلاق عنده، وينتقص عندهما.

لهما: إن المعلق بالشرط ينزل عند وجوده من غير قصد وإرادة، فصار كما لو جنّ. وله: إنّه بالارتداد لحق بالجماد، وفات أهلية الملك عنه، وقيام الملك شرط لوقوع الطلاق المعلق عند وجود الشرط، بخلاف الجنون؛ لأن الملك لم يزل به.

(وأوقفنا البائن المعلق بشرط وجد في عدة بائن منجّر) يعني: إذا قال لامرأته: إن دخلت الدار فأنت بائن، ثم طلقها بائناً منجراً، فدخلت الدار في عدتها؛ يقع المعلق عندنا. وقال زفر: لا يقع؛ لأن البائن لا يلحق البائن؛ لأنه وُضِعَ لإزالة القيد، وقد زال القيد. ولنا: إن عدم لحوق البائن بالبائن بكلام مستأنف كان لأنه أمكن جعله خبراً عن الأول، وهو صادق فيه، فلم يحتج إلى جعله إنشأً؛ لأنه اقتضاء ضروري.

فإن قلت: هذا الاحتمال ثابت في قوله: أنت طالق أنت طالق، فينبغي أن لا يلحق الصريح الصريح. قلت: لا احتمال فيه؛ لأن قوله: أنت طالق متعين للإنشاء شرعاً، فلو قال: أردت به الإخبار لا يصدق قضاءً²، وفي مسألتنا لم يذكّر: أنت بائن ثانياً حتى يجعل خبراً، بل وُجِدَ أثر التعليق السابق، وهو زوال القيد عند وجود الشرط وهي محل للطلاق، فيقع. وفي «الحقائق»: قلت: المراد من المنجّر: المنجّر في الحال، ولا يشترط أن يكون منجراً في الأصل، فإنه لو قال: إن فعلت كذا فحلّ الله عليّ حراماً، ثم هكذا قال لأمر آخر، ففعل أحدهما حتى وقع طلاق بائن، ثم فعل الفعل الآخر، قال ظهير³ الدين المرغيناني: ينبغي أن يقع، وهذا مما يعتنم ويحفظ.

(ولو قال: كلما تزوّجتها فطالق، فتزوجها في يوم ثلاثاً) أي: ثلاث مرات، (ودخل بها في كل مرة؛ ألزمه) أي: محمّد الزوج (بأربعة مهر ونصف) مهر، (وأبانها) أي: قال محمّد: بانث فيه (بثلاث) طلاق. (وحكما بتطبيقين⁴ ومهرين ونصف) مهر.

وهذا الخلاف مبني على ما تقدّم في التّكاح من أنّ المبانة إذا نكحها الزوج في عدتها وطلقها قبل الدخول بها؛ فعليها إتمام العدة الأولى؛ لأن الدخول في التّكاح الأول ليس بدخول في الثاني عنده، وعليها⁵ عدة مستقبله عندهما؛ لأن الدخول في الأول دخول في الثاني، فمحمّد يقول: بالتزوّج الأول طلق، ولها نصف المهر، وبالدخول بعده مهر آخر، وبالتزوّج الثاني طلق أيضاً، ولها نصف مهر، وبالدخول الثاني مهر أيضاً، وبالتزوّج الثالث والدخول لها مهر ونصف مهر، فصار أربعة مهر ونصف مهر. وهما يقولان: بالتزوّج الأول والدخول بعده لها مهر ونصف مهر، وبالتزوّج الثاني مهر تام؛ لأن هذا طلاق بعد الدخول؛ لكون الدخول الأول دخولاً في الثاني، وبالدخول الثاني صار مراجعاً، ولا يجب شيء، ولا اعتبار⁶ بالتزوّج الثالث؛ لأن نكاح المنكوحه غير صحيح.

1 ح: ثانياً.

2 د - قلت: لا احتمال فيه...

3 د: ظهر.

4 د: بطليقتين.

5 د: فعليها.

6 د: والاعتبار.

(أو بائنًا) يعني: لو قال: كلِّمًا تزوجتها فبائنٌ، فتزوجها في يومٍ ثلاثٍ مراتٍ، ودخل بها في كلِّ مرةٍ؛ (ألزمه بتلك المهور) أي: قال محمدٌ: لها أربعة مهورٍ ونصفٌ اعتبارًا بالمسألة السابقة. (وهما بخمسةٍ ونصفٍ، وبائتٌ بثلاثٍ) اتِّفاقًا، هما قالا: وجب لها بالتَّكاح الأوَّل وبالدخل بعده مهرٌ ونصف مهرٍ، وبالتَّكاح الثاني طلقتُ ثانيًا، ولها مهرٌ كاملٌ؛ لأنَّه طلاقٌ بعد الدخول على أصلهما، ومهرٌ آخرٌ بالدخول بعده للشبهة، ولم يصِرْ¹ به مراجعًا؛ لأنَّ الطَّلَاقَ بائنٌ، وبالتَّكاح ثالثًا طلقتُ ثالثًا، ولها مهرٌ، وبالدخل² بعده مهرٌ آخرٌ، فصار خمسة مهورٍ ونصف مهرٍ: ثلاثة مهورٍ ووجبث بثلاثة دخولٍ، ونصف مهرٍ بالتَّكاح الأوَّل، ومهران بالتَّكاحين الأخيرين.

(ولو اختلفا في الشرط) أي: في أصله أو في تحقُّقه؛ (كان القول له) لأنَّه منكرٌ، (والبيئة لها) لأنَّها مدَّعيَّةٌ. (فإن استفيد منها) أي: إن كان الشرط معروفًا من جهتها؛ (اعتبر قولها في حقِّها) لأنَّها أمانةٌ في الشرع، ولهذا قُبِلَ قولها في العِدَّة إذا أُخبرت بانقضائها، ويحرِّمُ وطفها إذا أُخبرت برؤية الدم، وتحلُّ إذا أُخبرت بانقطاعه.

(إن حَضَّتْ فأنت طالقٌ وفلانة) أي: إذا قال لامرأته: إن حَضَّتْ فأنت طالقٌ وفلانة، (فأخبرت) أنَّها حاضتْ؛ (طلقتُ هي³ خاصَّةً) لأنَّ إخبارها في المعنى شهادةٌ بطلاقِ ضرَّتِها، فلا يسمَعُ؛ لأنَّها متَّهمةٌ في حقِّها.

وفي «التبيين»: إنما يُقبَلُ قولها إذا أُخبرت والحيضُ قائمٌ، فإن انقطع؛ لا يقبلُ قولها؛ لأنَّه ضروريٌّ يُشترطُ فيه قيامُ الشرط. هذا إذا كذَّبتُها الزوجُ، فإن صدَّقها؛ تطلقِ ضرَّتِها أيضًا؛ لثبوت الحيضِ في حقِّها بتصديقه⁴.

(ويشترطُ استمرارُ الدم ثلاثًا) أي: ثلاث أيامٍ، يعني: لا تطلقُ بمجرد رؤية الدم؛ لاحتمال أن ينقطعَ فيما دون الثلاث، فإذا تمَّتْ ثلاثة أيامٍ؛ كان دم حَيْضٍ، فيقع الطَّلَاقُ من زمان الرؤية، حتى لو لم يكن مدخولًا بها، فتزوجت بعد الرؤية بزواجٍ آخرٍ، ثُمَّ تمادى الدم ثلاثةً؛ صحَّ نكاحها.

(فإن قال: حيضةً) يعني: لو قال: إن حَضَّتْ حيضةً فأنت طالقٌ، (فطهارتها) أي: يشترطُ⁵ طهارتها، ولا تطلقُ قبلها؛ لأنَّ الحيضةَ اسمٌ للكاملة، وكمالها بانتهائها، وذلك بالطهر منها، وكذا لو قال: نصف حيضةٍ؛ لأنَّها لا يتنصَّفُ.

(وكانت تعليقًا بمحبَّتِها وبغضِّها) أي: لو قال: إن كنت تحبيني أو تبغضيني فأنت طالقٌ وفلانة، فقالت في المجلس: أحبك أو أبغضك؛ طلقتُ؛ لأنَّ المحبَّةَ أمرٌ باطنٌ إنَّما يُعرَفُ من جهتها، ولا تطلقُ فلانةً لِمَا سبق.

قَدِّدنا بقولنا: في المجلس؛ لأنَّها لو قالت بعده؛ لا تطلقُ؛ لأنَّ التعليقَ بمحبَّتِها يشبهه تخييرها من حيث إنَّ فيه جعل الأمر إلى إخبارها.

(فإن قال: بقلبك) أي: إن قال: إن كنت تحبيني بقلبك فأنت طالقٌ، فقالت: أحبك، وكذَّبتُها الزوجُ، (عكس) أي: قال محمدٌ: لا تطلقُ. (وأوقعاه) أي: قالا: تطلقُ.

قَدِّدنا بتكذيب الزوج؛ لأنَّه لو صدَّقها يقع الطَّلَاقُ عليها إجماعًا. كذا في «المصنف».

أقول: قوله: «وأوقعاه» في طرف النفي من قوله: «عكس»، وكان عليه أن لا يردفَ قولهما، وإنَّما أردفه؛ لكونه غيرَ صريحٍ في طرف النفي، ولو قال مكان قوله: «عكس»: ما أوقع؛ لكان قولهما معلومًا منه صريحًا، وكان أخصرَ.

له: إنَّه لَمَّا قَدِّدَ المحبةَ بالقلب؛ أبطلَ كَوْنَ اللسانِ خَلْفًا عما في القلب، وحقِيقَةُ الحبِّ فيه غيرُ معلومةٍ.

ولهما: إنَّ المحبَّةَ إنَّما يكون بالقلب، فتقييدها به وإطلاقها سواءً.

وفي «النهاية»: هذه المسألةُ تفارقُ⁷ المسألةَ الأولى بوجهين:

أحدُهما: إنَّ هذه تقتصرُ⁸ على المجلس؛ لِمَا فيه من معنى التَّخييرِ بجعله أمرَ الطَّلَاقِ إلى إخبارها، وفي مسألة الحَيْضِ لا

يقتصرُ كسائر التعليقات.

¹ د: يصير.

² د: فبالدخول.

³ د - هي.

⁴ د + ثم قالت: حضت منذ خمسة أيام، وأنا اليوم حائض، صدقت، ولو قالت في هذه الصورة: حضت.

⁵ د: تشترط.

⁶ د: إذا.

⁷ ح: يفارق.

⁸ ح: يقتصر.

والثاني: إنَّها لو كانت كاذبةً في مسألة الحيض لا يقع فيما بينه وبين الله، وفي مسألة المحبَّة يقع؛ لأنَّ حقيقة المحبَّة والبغض مما لا يوقَّف عليه؛ لأنَّ القلب ينقلب لا يستقرُّ على شيءٍ، فصار كلُّ الشرط هو الإخبار عن المحبَّة، وقد وُجد.

(فصلٌ) في الاختيار والمشيمة

(وإذا قال: اختاري بنوي الطَّلَاق؛ تقيَّد بالمجلس) لِمَا روي عن عمر وعثمان رضي الله عنهما أنَّهما قالا في حق الزوجة المخيرة: لها الخيار ما دامت في مجلسها.

قيَّد بقوله: «بنوي»؛ لأن لفظ «اختاري» من الكناية، يحتمل أنه أراد تخييرها في غير أمر الطَّلَاق.

(فإن تبدَّل) المجلس (حقيقةً) بأن ينتقل عنه إلى مجلسٍ آخر، سواء انتقلت نفسها أو غيرها، (أو حكماً) بأن يشتغل بعملٍ آخر؛ لأن مجلس الأكل غير مجلس الكتابة. (بطل) خيارها؛ لوجود دليل الإعراض عما فوض. وكذا لو قامت من مجلسها وإن لم تذهب، أو زادت في الثقل على الركعتين. وأما لو كانت قائمةً فجلست، أو متكئةً فقعدت، أو طلبت أباهاً للمشورة، أو شهوداً للشهادة، أو أكلت شيئاً يسيراً، أو لبست ثوبها من غير أن تقوم؛ لا تبطل.

(وإن اختارت نفسها) أي: قالت: اخترت نفسي؛ (كانت بائنةً) ولو قالت: طلقت نفسي في جواب قول الزوج: اختاري؛ فالمذكور في «الهداية»: أنها رجعيةٌ، وفي «شرح الوافي»: الصواب أنها بائنةٌ؛ لأن العامل في وصف الطَّلَاق تخيير الزوج دون إيقاعها، ولهذا لو أمرها بإيقاع البائن، فأوقعت رجعيًا، أو بالعكس؛ وقع ما أمر به الزوج، دون ما أوقعته.

فإن قيل: المفوض إليها الاختيار، وكان ينبغي أن لا يقع التَّطليق جواباً، كما لو قالت: اخترت نفسي في جواب قوله: طلقني نفسك.

قلنا: التَّطليق دخل في ضمن التَّخيير، فقد أتت ببعض ما فوض إليها، فصلح جواباً، بخلاف الاختيار، فإنه ليس من ألفاظ الطَّلَاق إلا في جواب التَّخيير.

(ولم يوقعوا ثلاثاً وإن نواها) الزوج خلافًا لمالك، مرَّ بيانُ خلافه في الكنايات. وإنما لم يصحَّ نيَّةُ الثلاث في الاختيار مع صحَّتها في سائر الكنايات؛ لأن الاختيار لا يتنوع إلى غليظةٍ وخفيفةٍ كما يتنوع الإبانة.

(ولا بُدُّ من ذكر النَّفس في كلامه) بأن قال: اختاري نفسك، (أو كلامها) بأن تقول: اخترت نفسي، حتى لو خلا كلام كليهما عن ذكر النفس لا يقع؛ لأن الاختيار إذا وقع مبهمًا في الكلامين لا يصلح أن يكون أحدهما مفسرًا للآخر.

وفي «النهاية»: لو ذكر في أحد الكلامين ما يقوم مقام النفس، كما لو قال: اختاري اختياري، فقالت: اخترت، أو قال: اختاري، فقالت: اخترت اختياري؛ كان كذكر النفس؛ لأن الهاء دليل الوحدة، والمرَّة إنما ينصُّ عليها فيما يحتمل العدد، والمحتمل له اختياريها نفسها، لا اختيار الزوج.

وفي «الفوائد التاجية»: هذا إذا لم يصدِّقها الزوج أنَّها اختارت نفسها، أمَّا إذا صدَّقها؛ يقع الطَّلَاق بتصادقهما وإن خلا كلامهما عن ذكر النفس.

(ولو قال: اختاري نفسك اليوم وبعد غدٍ، فردت اليوم؛ أثبتناه) أي: الخيار (بعد الغد) وقال زفر: لا يثبت؛ لأنه خيارٌ واحدٌ في وقتين، وبالردِّ في أحدهما يطل، كما لو قال: اختاري نفسك اليوم وغداً.

ولنا: إنَّه ذكر للخيار وقتين، وخللَ بينهما وقتًا لا يثبت فيه الخيار، فلا بُدُّ للطرفين من المطرفين، فالثابت لها يكون خيارين، بخلاف قوله: اليوم وغداً؛ لا تصال الوقتين، فكان ذكر الغد لامتداد الأمر الأول، وكان الخيار فيه واحدًا.

(أو كرر: اختاري ثلاثاً) أي: لو قال لامرأته: اختاري اختاري اختاري، (فقالت: اخترت الأولى أو الوسطى أو الأخيرة؛ فهي ثلاث) أي: الطلقات ثلاث عند أبي حنيفة. (وقالا: واحدة) ولا حاجة هنا إلى نيَّة الزَّوج، ولا إلى ذكر النفس اتِّفاقاً بدلالة التكرار؛ لأن اختيار الطَّلَاق هو الذي يتكرَّر، واختيار الزوج لا يتكرَّر. هذا هو المذكور في «الهداية». لكنَّ المذكور في «البدائع» و«المحيط» والزيادات: أنَّ النيَّة شرطٌ فيها.

وفي «التبيين»: ينبغي أن يكون حذف النيَّة فيها لشهرتها، لا لأنها ليست بشرط.

قيَّد بقوله: «اخترت الأولى»؛ لأنه لو قالت: اخترت التَّطليقة الأولى؛ يقع واحدةً اتِّفاقاً. ولو قالت: اخترت أو اخترت نفسي بمرَّة؛ يقع ثلاثاً اتِّفاقاً. كذا في «الكافي».

لهما: إنَّ الرَّوْجَ فَوَّضَ إِلَيْهَا ثَلَاثَ طَلَقَاتٍ فِي ضَمْنِ ثَلَاثِ اخْتِيَارَاتٍ، فَإِذَا قَالَتْ: اخْتَرْتُ الْأُولَى؛ يَكُونُ مَعْنَاهُ: اخْتَرْتُ مَوْجِبَهَا، وَهِيَ طَلْقَةٌ وَاحِدَةٌ.

وله: إنَّ الْكَلَامَ إِذَا لَعَا فِي حَقِّ الْأَصْلِ؛ لَعَا فِي التَّبَعِ، وَكَلَامُهَا هَذَا يَفِيدُ التَّرْتِيبَ أَصَالَةً وَالْإِفْرَادَ تَبَعًا، وَإِذَا بَطَلَ فِي حَقِّ التَّرْتِيبِ؛ إِذْ لَا تَرْتِيبَ بَيْنَ الطَّلَاقَاتِ؛ بَطَلَ فِي حَقِّ الْإِفْرَادِ، فَبَقِيَ مَجْرَدُ قَوْلِهَا: اخْتَرْتُ، فَيَقَعُ الثَّلَاثُ، كَمَا لَوْ اقْتَصَرَ عَلَيْهِ ابْتِدَاءً.

(أَوْ مِنْ ثَلَاثٍ) أَي: إِذَا قَالَ: اخْتَارِي مِنْ ثَلَاثِ طَلَقَاتٍ (مَا شِئْتِ؛ فَلَهَا اخْتِيَارٌ وَاحِدَةٌ) أَي: لَهَا أَنْ تَطْلُقَ نَفْسَهَا وَاحِدَةً، (أَوْ ثَنَتَيْنِ لَا غَيْرَ) أَي: لَيْسَ لَهَا أَنْ تَطْلُقَ الثَّلَاثَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَا: لَهَا أَنْ تَطْلُقَ ثَلَاثًا إِنْ شَاءَتْ؛ لِأَنَّ هَذَا الْكَلَامَ يُسْتَعْمَلُ لِلِاسْتِيعَابِ وَالْعُمُومِ، كَمَا يُقَالُ: خُذْ مِنْ طَعَامِي مَا شِئْتَ.

وله: إنَّ مَنْ إِنْ جُعِلَتْ لِلتَّبَيُّنِ يَكُونُ مَا عَامَّةً فِي كُلِّ الثَّلَاثِ، وَإِنْ جُعِلَتْ لِلتَّبَعِيضِ؛ يَكُونُ عَامَّةً فِي بَعْضِهَا، فَلَا يَقَعُ الثَّلَاثَةُ بِالشُّكْلِ، بِخِلَافِ الطَّعَامِ؛ لِأَنَّ دَلَالََةَ الْحَالِ يَقْتَضِي الْجُودَ، وَوُقُوعُ الثَّلَاثَةِ مِمَّا يُحْتَرَزُ عَنْهُ.

(وَلَوْ قَالَ: طَلَّقِي نَفْسَكَ؛ تَقْيِيدٌ بِالْمَجْلِسِ)؛ لِأَنَّهُ فِي مَعْنَى تَخْيِيرِ زَوْجَتِهِ فِي أَمْرِ الطَّلَاقِ، وَخِيَارِ الْمَخِيَرَةِ نَفْسَهَا مَقْيَّدًا بِالْمَجْلِسِ بِأَثَارِ الصَّحَابَةِ، فَكَذَا هَذَا، بِخِلَافِ قَوْلِهِ: طَلَّقِي ضُرَّتَكَ حَيْثُ لَا يَتَقَيَّدُ بِالْمَجْلِسِ؛ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ فِي مَعْنَى الْمَخِيَرَةِ.

(وَلَيْسَ لَهُ الرَّجُوعُ) أَي: لَيْسَ لِلزَّوْجِ أَنْ يَرْجِعَ عَنْ كَلَامِهِ؛ لِأَنَّ فِيهِ مَعْنَى الْيَمِينِ؛ إِذْ هُوَ تَعْلِيلُ الطَّلَاقِ بِتَطْلِيقِهَا، وَالْيَمِينُ تَصَرُّفٌ لَازِمٌ لَا يَصِحُّ الرَّجُوعُ عَنْهُ؛ لِأَنَّ الْغَرَضَ مِنْهُ الْحَمْلُ عَلَى شَيْءٍ أَوْ الْمَنْعُ عَنْهُ، فَإِذَا صَحَّ الرَّجُوعُ عَنْهُ لَا يَفِيدُ فَائِدَتَهُ، فَكَذَا مَا فِي مَعْنَاهُ.

(فَإِنْ طَلَّقَتْ) وَلَمْ تَكُنْ لَهُ نِيَّةٌ، أَوْ نَوَى وَاحِدَةً؛ (كَانَتْ رَجْعِيَّةً، وَإِنْ نَوَى ثَلَاثًا، فَأَوْقَعْتَهَا) أَي: طَلَّقَتْ نَفْسَهَا ثَلَاثًا؛ (وَقَعَتْ) وَلَوْ نَوَى ثَنَتَيْنِ؛ لَمْ يَصِحَّ، إِلَّا أَنْ تَكُونَ أُمَّةً، سَبَقَ تَوْجِيهُهُ فِي أَوَّلِ فَصْلِ الْكِنَايَةِ. (أَوْ مَتَى شِئْتِ) أَي: إِذَا قَالَ لَهَا: طَلَّقِي نَفْسَكَ مَتَى شِئْتِ (عَمَّ) وَلَمْ يَتَقَيَّدُ بِالْمَجْلِسِ؛ لِأَنَّ كَلِمَةَ مَتَى عَامَّةٌ فِي الْأَوْقَاتِ، وَكَذَا إِذَا مَا وَمَتَى مَا.

(أَوْ وَكَلَّ بِهِ) أَي: الزَّوْجُ رَجُلًا بِطَلَاقِ امْرَأَتِهِ (عَمَّ، وَصَحَّ الرَّجُوعُ)؛ لِأَنَّهُ تَوَكُّيلٌ، وَالتَّوَكُّيلُ اسْتِعَانَةٌ، فَلَا يَلْزَمُ الْمَجْلِسُ. (أَوْ إِنْ شِئْتِ) أَي: لَوْ قَالَ: طَلَّقِ امْرَأَتِي إِنْ شِئْتِ؛ (فَقَيَّدْنَا بِالْمَجْلِسِ، وَمَنْعْنَا عَزْلَهُ) وَقَالَ زَفَرٌ: لَا يَتَقَيَّدُ بِهِ، وَيَمْلِكُ عَزْلَهُ؛ لِأَنَّهُ

تَوَكُّيلٌ، وَتَقْيِيدُهُ بِالْمَشِيئَةِ لَعُوٌّ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَعْمَلُ بِمَشِيئَتِهِ، كَمَا لَوْ قَالَ: بَعْ عِبْدِي هَذَا إِنْ شِئْتَ.

ولنا: إِنَّهُ تَمْلِيكٌ؛ لِأَنَّ تَعْلِيلَهُ بِالْمَشِيئَةِ يَدُلُّ عَلَى إِثْبَاتِ الْمَالِكِيَّةِ لَهُ؛ إِذِ الْمَالِكُ هُوَ الَّذِي يَتَصَرَّفُ عَنِ مَشِيئَةِ نَفْسِهِ، بِخِلَافِ الْبَيْعِ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ قَابِلٍ لِلتَّعْلِيلِ، فَبَطَلَ ذِكْرُ الْمَشِيئَةِ، وَمَعْنَى التَّمْلِيكِ فِيهِ.

وفي «المحيط»: لَوْ قَالَ: طَلَّقِ امْرَأَتِي إِنْ شِئْتَ؛ لَا يَصِيرُ وَكَيْلًا مَا لَمْ تَشَأْ، وَلَهَا الْمَشِيئَةُ فِي مَجْلِسِ عِلْمِهَا، فَإِذَا شِئْتَ، فَصَارَ وَكَيْلًا؛ فَطَلَّاقُهُ إِنَّمَا يَقَعُ فِي مَجْلِسِ مَشِيئَتِهَا. يَنْبَغِي أَنْ يُحْفَظَ هَذَا، فَإِنَّ الْبَلَوَى فِيهِ عَامَّةٌ، وَالْوَكْلَاءُ يُؤَخَّرُونَ الْإِيقَاعَ غَافِلِينَ عَنْ هَذَا.

(أَوْ أَنْتِ طَالِقٌ كَيْفَ شِئْتِ؛ فَهِيَ) أَي: الطَّلَاقُ (وَاقِعٌ) رَجْعِيًّا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ (مَطْلَقًا) أَي: شِئْتَ فِي الْمَجْلِسِ أَوْ لَمْ تَشَأْ، (وَالْكِيفِيَّةُ) أَي: كَيْفِيَّةُ الطَّلَاقِ الْوَاقِعِ مِنْ كَوْنِهِ بَائِنًا أَوْ وَاحِدًا أَوْ ثَلَاثًا مُتَعَلِّقَةً عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ (بِمَشِيئَتِهَا فِي الْمَجْلِسِ إِنْ نَوَى) فَإِنْ شِئْتَ

بَائِنًا أَوْ ثَلَاثًا؛ يَقَعُ إِنْ وَافَقَ نِيَّةَ الزَّوْجِ، حَتَّى لَوْ لَمْ يُوَافِقْهَا؛ لَعَا تَصَرُّفُهَا، فَبَقِيَ إِيقَاعُ الزَّوْجِ، وَهَذَا بِنَاءٌ عَلَى مَذْهَبِهِ مِنْ أَنَّ الرَّجْعِيَّ يَجُوزُ أَنْ يَجْعَلَ بَائِنًا أَوْ ثَلَاثًا، وَعَلَى أَنَّ الْمَرْأَةَ مَدْخُولٌ بِهَا؛ إِذْ لَوْ لَمْ يَكُنْ كَذَلِكَ؛ لَا مَشِيئَةَ لَهَا أَصْلًا عِنْدَهُ.

وعندهما: لَهَا الْمَشِيئَةُ فِي أَصْلِ الطَّلَاقِ كَمَا فِي الْوَصْفِ، وَإِنْ لَمْ يَحْضُرْهُ النَّيَّةُ؛ يُعْتَبَرُ مَشِيئَتُهَا جَرِيًّا عَلَى مَوْجِبِ التَّخْيِيرِ؛ لِأَنَّهُ أَقَامَهَا مَقَامَ نَفْسِهِ، وَهُوَ يَقْدَرُ أَنْ يَجْعَلَ بَائِنًا أَوْ ثَلَاثًا بَعْدَمَا وَقَعَ رَجْعِيًّا، فَكَذَا مَنْ قَامَ مَقَامَهُ.

(وَأَوْقَعْنَاهُ عَلَيْهَا) أَي: الطَّلَاقُ عَلَى مَشِيئَتِهَا (أَصْلًا) أَي: وَقُوعًا، (وَوَصْفًا)؛ لِأَنَّ وَصْفَ الطَّلَاقِ مَفُوضٌ إِلَيْهَا، فَلَوْ وَقَعَ فِي الْحَالِ رَجْعِيًّا؛ يَلْزَمُ وَقُوعُ الْوَصْفِ بِمَا مَشِيئَتِهَا، وَهُوَ لَا يَجُوزُ، فَيَتَعَلَّقُ أَصْلُهُ كَوْصَفِهِ، كَمَا لَوْ قَالَ لَهَا: أَنْتِ طَالِقٌ كَمْ شِئْتَ.

وله: إنَّ التَّفْوِيضَ فِي الْوَصْفِ يَسْتَدْعِي وَجُودَ الْأَصْلِ؛ لِأَنَّ الْمَعْدُومَ لَا يَسْتَوْصَفُ، كَمَا قَالَ الْقَائِلُ:

يقول خليلي: كيف صبرك بعدنا ❁ فقلت: وهل صبر فتسأل عن كيف

بخلاف كم شئت؛ لأن كلمة كم للعدد، والطلاق المقارن بالعدد لا يقع بدونه.

(وَإِنْ شِئْتِمَا) أَي: لَوْ قَالَ لِامْرَأَتَيْهِ: إِنْ شِئْتِمَا (فَأَنْتِمَا طَالِقَانِ؛ شَرْطُنَا الْمَشِيئَةَ بِهِ) أَي: بِالطَّلَاقِ (عَلَيْهِمَا مِنْهُمَا) أَي: عَلَى الْمَرَاتَيْنِ مِنَ الْمَرَاتَيْنِ، يَعْنِي: إِنَّمَا تَطْلُقَانِ عِنْدَنَا إِذَا شِئْتَ كُلُّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا طَلَّاقًا، حَتَّى لَوْ شِئْتَ إِحْدَاهُمَا دُونَ الْأُخْرَى، أَوْ مَاتَتْ، أَوْ شِئْتَ طَلَّاقًا إِحْدَاهُمَا؛ لَا يَقَعُ عِنْدَنَا. وَقَالَ زَفَرٌ: يَقَعُ عَلَى التِّي شِئْتَ؛ لِأَنَّهُ أَضَافَ الْمَشِيئَةَ إِلَيْهِمَا، فَيَتَفَرَّدُ كُلُّ مِنْهُمَا فِيهَا، كَمَا لَوْ

قال: إن ركبتهما دابتيكما.

ولنا: إنَّ الشرطَ لا يتوزَّعُ على أجزاء المشروط، والشرطُ مشيئتهما طلاقهما، فلا يترزَّلُ الجزاءُ إلا عند كمال الشرط، كما لو قال: إن كلمتما زيدًا فأنتما طالقتان، بخلاف ما ذكره؛ لأن القياسَ متروكٌ فيه للعرف.

(أو أنت طالقٌ غدًا إن شئت: أثبتنا الخيارَ في الغد، لا في المجلس) أي: قال زفر: لها الخيارُ في المجلس. قيَّد بتأخير الشرط؛ إذ لو قدَّمه، فقال: إن شئتِ فأنت طالقٌ غدًا؛ ففي ظاهر المذهب: إنَّ لها الخيارَ في المجلس اتِّفاقًا، وعن أبي حنيفة: إنَّ لها الخيارَ في الغد أيضًا إذا قدَّم الشرط؛ لأنه ملَّكها مشيئةَ الطلاق، وهو مؤقَّتٌ بالغد، فكذا مشيئته. لزفر: إنَّ الطلاقَ مضافٌ إلى الغد، والمشيئةُ مطلقةٌ، فيقتصر على المجلس. ولنا في الفرق: إنَّ الشرطَ إذا قدَّم؛ يكونُ المشيئةُ في الحال، ويقع غدًا قيدًا للطلاق، صورتهُ مشيئتها أن تقول المرأة: شئتُ أن أكون طالقًا غدًا، وإذا أُخِّرَ يكونُ المفوضُ إليها طلاقًا مؤجَّلًا، فيقتصرُ على المجلس، كما لو ملَّكها طلاقًا معجلًا بقوله: طلقي نفسك؛ يتقيَّدُ بالمجلس، فكذا المؤجَّلُ.

(أو ثلاثًا) أي: لو قال: أنت طالقٌ ثلاثًا (إلا أن تشائي واحدةً، فشاءتها) أي: قالت: شئتُ طلقه؛ (يحكم بها) أي: أبو يوسف بوقوع طلقه؛ لأن المفهومَ من هذا الكلام أنها إذا شاءَ واحدةً تفغ عليها، ولا يقع الثلاث. (وألغاهما) أي: قال محمدٌ: لا تطلق؛ لأن معنى هذا الكلام: إن لم تشائي واحدةً فأنت طالقٌ ثلاثًا؛ لأن «إلا أن» أصله للغاية، قال الله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَقْضَى فُلُوبُهُمْ﴾ [النوبة، 110/9]، فإن دخل فيما يتوقَّع؛ جعل غايةً، وإن دخل فيما لا يتوقَّع؛ حُمل على الشرط مجازًا، والطلاقُ ممَّا لا يتوقَّع، فإذا شاءت الواحدة لا يقع شيءٌ، كما لو قال: أنت طالقٌ ثلاثًا إلا أن يقدم فلانٌ، فقدم فلانٌ؛ لا يقع شيءٌ. (أو إن شاء الله) أي: لو قال: أنت طالقٌ إن شاء الله (متصلًا؛ لم يوقعوه) وقال مالكٌ: يقع؛ لأن شرطه تحقُّقٌ؛ إذ لو لم يشأ الله كما جرى على لسانه التَّطبيق.

ولنا: إنَّ مشيئةَ الله وقوعه غيرُ معلومٍ، فلا يقع مشيئته، كما لو علَّق بمشيئةِ إنسانٍ غائبٍ لا يوقَّفُ عليه، والجاري على لسانه تعليقٌ لا تطبيقٌ.

وفي «المحيط»: لو سكَّت قدرَ ما يتنفَّسُ له الإنسانُ أو عطس، ثمَّ قال: إن شاء الله؛ صحَّ الاستثناءُ لمكان العذر، ولو حرَّك لسانه بالاستثناء، ولم يكن مسموعًا؛ يصحُّ عند الكرخي، ولا يصحُّ عند الهندواني. وفي «الزيادات»: لو قال: أنت طالقٌ بمشيئةِ الله أو بإرادته؛ لا يقع؛ لأنه مستعملٌ للتَّعليق. ولو قال: لمشيئةِ الله أو لإرادته يقع؛ لأن اللامَ للتَّعليق، فكأنه قال: أنت طالقٌ؛ لأن الله شاء. ولو قال: بأمر الله؛ يقع للحال؛ لأنه مستعملٌ للتحقيق، ولو قال: في أمر الله أو في إرادته؛ لا يقع؛ لأن حرفَ «في» مجازٌ عن الشرط.

(أو ثلاثًا وثلاثًا) أي: لو قال: أنت طالقٌ ثلاثًا وثلاثًا، (أو) قال: لعبدته أنت (حرٌّ وحرٌّ إن شاء الله؛ فالمعطوفُ فصلٌ) أي: قال أبو حنيفة: طلقثُ ثلاثًا. وقال: لا تطلق؛ لأن التكرارَ شائعٌ، فيحملُ عليه تصحيحًا لكلامه، فلا يبطلُ اتِّصالُ الاستثناء. وله: إنَّ قوله: وثلاثًا لغوٌ لا فائدة فيه؛ إذ التَّعليقُ فهمٌ مما قبله، ولا يجوز أن يكون تأكيدًا؛ لتخلُّلِ واو العطف، فيمنع المعطوفَ عن اتصال الاستثناء، فيقع.

(أو إن شاء الله) أي: لو قال: إن شاء الله (أنت طالقٌ؛ يجعله) أي: أبو يوسف هذا القولَ (تعليقًا. وهما تطبيقًا).

له: إنَّ المبطلَ متَّصلٌ بالإيجاب، فيبطلُ حكمه، كما لو أخَّر قوله: إن شاء الله.

ولهما: إنَّ الموضوعَ لارتباط الجملتين. وهو الفاء. منتفٍ هنا، فلا يتَّصلُ بلا أداته، فيبقى قوله: أنت طالقٌ منجزًا، بخلاف تأخير الشرط؛ لأن الجزاءَ حينئذٍ يكون موقوفًا على ما بعده؛ لوجود المعبر فيه.

(ولو استثنى من الثلاث نيتين) أي: لو قال: أنت طالقٌ ثلاثًا إلا نيتين؛ (وقعت واحدةً، أو واحدةً) بالنَّصب، أي لو استثنى

من الثلاث واحدةً، وقال: أنت طالقٌ ثلاثًا إلا واحدةً؛ (ففتنان) ولو قال: ثلاثًا إلا ثلاثًا؛ وقع ثلاثٌ لبطلان الاستثناء.

وفي «المحيط»: إذا أوقع أكثرَ من ثلاثٍ، ثمَّ استثنى منه الثلاث؛ كان الاستثناءُ من جملة الكلام، لا من الثلاث.

(فصل في طلاق الفار)

(ومن أبان امرأته في مرضه) أي: في مرض موته بلا سؤالها ولا برضا منها، وهو ما يكون الهلاك فيه غالبًا، حتى إذا طلق ركب

السَّفينة امرأته لا يكون فارًا، ولو انكسرت السفينةُ وطلقَ يكون فارًا.

(ثم مات) في العدة؛ (نورثها) أي: نعطي لها ميراثًا منه. وقال الشافعي: لا ترث.

قَيَّدَ بالإبانة وأراد بها الثلاث؛ لأن الرجعي لا يقطع الإرث، سواء وقع في المرض أو في الصحة اتِّفَاقًا. والإبانة في تحقيق الخلاف متصوِّرة في الثلاث؛ لأن الكنايات كلُّها رواجع عنده.

وقَيَّدنا بمرض الموت؛ لأنه إذا طَلَّقها بائنًا في مرضٍ، ثُمَّ صَحَّ، ثُمَّ مات؛ لا ترثُ اتِّفَاقًا.

وقَيَّدنا بكون الطَّلَاق بلا سؤالها؛ لأنه لو طَلَّقها بسؤالها لا ترثُ اتِّفَاقًا.

وقَيَّد بموت الزَّوج؛ لأنَّها لو ماتت؛ لا يرثُ الزَّوج منها اتِّفَاقًا. من «الحقائق».

له: إنَّ الزوجيَّة زالت بجميع أحكامها، فلا تستحقُّ الإرث.

ولنا: إنَّ الزَّوج قصد إبطال إرثها، فيردُّ عليه قصده إلى انقضاء العدة دفعًا للضرر عنها، فيجعل النكاح باقيا حكمًا ما بقيت العدة.

اعلم أنَّ الفراز كما يثبت من جانب الزَّوج؛ يثبت من جانب الزوجة، كما إذا ارتدَّت وهي مريضة، فماتت؛ يرثها زوجها؛ لأنَّها فازة عن ميراثه. كذا في «النهاية».

(وشرطوا كونها في العدة) وقال مالك: ترث بعد العدة ما لم تتزوَّج؛ لقول أبي بن كعب رضي الله عنه: امرأة الفار ترث ما لم تتزوَّج.

ولنا: ما روي عن عمر رضي الله عنه: امرأة الفار ترث ما دامت في العدة، وما رواه يحتمل أن يراد به: ما لم تتمكن من التزوَّج، أي: ما دامت في العدة، وما رويناه محكمًا، فالأخذ به أولى.

(ويجعلها) أي: أبو يوسف عدَّة مطلقه الفار طلاقًا بائنًا (بالأقراء) أي: بالحيض. (وهما أبعد الأجلين) أي: قال: عدَّتْها بالجمع بين ثلاثِ حيضٍ وأربعة أشهرٍ وعشرا.

إنَّما قَيَّدنا طلاقها بالبينونة؛ لأنه إذا كان رجعيًّا؛ فعليها عدَّة الوفاة اتِّفَاقًا.

له: إنَّ نكاحها زال بالطلاق لا بالموت، فلا يلزمها عدَّة الوفاة، كما لو طَلَّقها بسؤالها، وتوريثها كان لجزر الزَّوج لقراره.

ولهما: إنَّ نكاحها إذا بقي في حقِّ الإرث؛ فبقاؤه في حقِّ العدة أولى؛ لأنَّها أسرع ثبوتًا من الإرث، ولهذا لا تستحقُّ الإرث بنكاح فاسدٍ، والعدة تستحقُّ به.

(ولو علَّقه) أي: طلاق امرأته في صحَّته (بفعل أجنبيٍّ، فوجد) الشرط (في مرضه؛ منعنا الإرث) وقال زفر: لها الإرث.

قَيَّدنا بأن يكون التعلُّق في الصحة؛ إذ لو كان التعلُّق والشرط في المرض ترث اتِّفَاقًا، سواء كان مما لا بُدُّ له أو لا؛ لأنه بالتعلُّق أو بمباشرة الشرط قصد إبطال حَقِّها.

وقَيَّد بمرضه؛ لأن الشرط إذا وُجِدَ في صحَّته لا يكون فارًا اتِّفَاقًا.

له: إنَّ المعلق بالشرط كالمنجز عند وجوده، فصار إيقاعًا في المرض.

ولنا: إنَّه حين علَّق الطَّلَاق لم يكن حَقُّها متعلِّقًا بماله، وفي المرض لم يوجد من الزَّوج، فلم يكن فارًا.

(أو بفعلها الضَّروريِّ) أي: إذا علَّق الصَّحيح طلاق امرأته بفعلها الذي لا بُدُّ لها منه (طبعًا) كالأكل والشرب ونحوهما، (أو شرعًا) كالصلاة والصوم وكلام الأب، (ففعَلته في المرض) أي: مرض الزوج؛ (أبطل) محمَّدًا (توريثها) وقال: ترث منه؛ لأنه فارٌّ.

قَيَّد بفعلها؛ لأنه لو علَّق بفعل نفسه، سواء كان مما لا بُدُّ له منه أو له بُدُّ؛ يصيرُ فارًا اتِّفَاقًا.

وقَيَّد بالضرورة؛ لأن فعلها لو كان منه بُدُّ لا ترث اتِّفَاقًا.

له: إنَّ فعل التَّطليق لم يوجد في حال تعلُّق حَقِّها بماله، فلا يكون فارًا، كما لو علَّقه بفعل أجنبيٍّ.

ولهما: إنَّها باضطرارها صارت مكرهةً، فينتقلُ فعلها إلى الزَّوج، فصار كالتعلُّق بفعل نفسه.

(ولو أقرَّ المريضُ) مرض الموت (بانقضاء عدَّتْها من طلاقها في الصحة) بأن قال: كنت طَلَّقْتُك في صحَّتي وانقضتُ عدَّتْك،

(فصدَّقته) في ذلك القول، (فأقرَّ لها) بدين أو عينٍ، (أو أوصى لها) بوصيَّةٍ، فمات في مرضه؛ (فلها الأقلُّ منهما) أي: ما أقرَّ لها أو

أوصى (ومن ميراثها) عند أبي حنيفة. (وحكمًا بصحَّتْهما) أي: بصحَّة الإقرار والوصية لها.

قَيَّدنا بمرض الموت؛ لأنه لو لم يكن كذلك؛ يصحُّ إقراره ووصيَّته لها اتِّفَاقًا.

وقَيَّد بتصدقها؛ لأنه لو كدَّبته لا يصحُّ إقراره لها اتِّفَاقًا.

لهما: إنَّهما بتصادقهما في الطَّلَاق ومضيِّ العدة ارتفع النكاح بينهما بجميع علاقته، فصارت أجنبيَّةً.

وله: إِنَّهُ مَتَّهَمٌ فِيهِ؛ لاحتمال أن يجعل إقراره وسيلةً إيصال النَّفْع لها أكثرَ من ميراثها؛ لشِدَّة ميله إليها، فلا يُعْتَبَرُ قَوْلُ المَتَّهَمِ، فيجب عليها العِدَّة من وقت إقراره. وعليه الفتوى.

وفي «النهاية»: ما تأخذ تلك المرأة؛ فبطريق الميراث لا الدَّين، حتى لو توي بعضُ التركة؛ يتوي عليها كسائر الورثة، ولو كان بطريق الدَّين؛ لَمَا كان عليها، لكن ليس لها أن تأخذَ من عين التركة إذا لم يُعْطَها الورثة؛ لأن في زعمها ما تأخذه بطريق الدين. كذا ذكره الإمام التمرتاشي.

(فصل) في الرجعة

(ويراجع) الزوج (المعتدة من رجعي) أي: من طلاق رجعي (وإن لم ترض) المرأة؛ لإطلاق قوله تعالى: ﴿وَيُعْوَلُ لَهَا أَهْوَىٰ بِرَدِّهَا﴾ [البقرة، 2/228] أي: أزواجهنَّ أَوْلَىٰ برجعتهن، وفي الآية إشارةٌ إلى شرطية العِدَّة للرجعة؛ إذ بعد انقضائها لا يبقى¹ البعلية لانقطاع النكاح.

وفي «المحيط»: ولو قال للمبانة: إن راجعتك فأنت طالق، ثُمَّ تزوجها بعد انقضاء عدتها؛ تطلق؛ لأنها لما لم تكن محلًّا للرجعة؛ انصرف اليمين إلى النكاح مجازًا.

(ولا نحرّم به) أي: بالطلاق الرجعي (الوطء) وقال الشافعي: يحرم لزوال النكاح، وفي قوله تعالى: ﴿بِرَدِّهَا﴾ [البقرة، 2/228] إشارةٌ إليه؛ لأن الردَّ إعادة الزائل.

ولنا: قوله تعالى: ﴿فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ﴾ [البقرة، 2/229]، سمي الرجعة إمسًا، وهو استدامة القائم، على أن ملك المتعة لو كان زائلًا؛ لتوقف الرجعة على رضاها، وعلى إنشاء الملك بعقدٍ جديد، ولَمَّا وقع الطلقة الثانية في العدة، ولفظ البعل في الآية يدلُّ على قيامه؛ لأن البعل هو الزوج حقيقةً.

(وتثبت² بالقول، كراجعتك) وأردتك، وأمسكتك؛ لأنه صريحٌ في معناه.

وفي «المحيط»: لو قال لها: أنت عندي كما كنت، أو أنت امرأتي؛ يصير مراجعًا إذا نوى؛ لأنه يحتمل أن يكون صادقًا في حق الميراث.

(وتثبتها) أي: الرجعة (بالفعل كاللمس بشهوة والنظر إلى الفرج بشهوة) وفي «الكفاية»: أراد به: الفرج الداخل. وقال الشافعي: لا تصحُّ الرجعة إلا بالقول عند القدرة عليه، وهذا بناءً على أن الرجعة عنده استباحة الوطء، فلا تكون³ بالفعل كأصل النكاح. ولنا: إنها استدامة الملك، فيثبت بالفعل المختص به.

وفي «القنية»: تزوّج مطلقته الرجعية في عدتها ووطئها؛ لا يصير مراجعًا؛ لأن التزوّج لغو، والوطء بناءً عليه، فتكون⁴ كأجنبية طلقها رجعيًا، ثُمَّ جنّ؛ راجعها بالفعل دون القول.

وفي «المحيط»: الرجعة بالقول أَوْلَى؛ لأنه اتفاقيٌّ.

قيد بالشهوة؛ لأن النظر والمسّ⁵ بدونها لا يكون رجعة؛ لأنه قد يحلُّ بلا نكاح كما في الطبيب، فلا يختصُّ بالملك.

قال قاضي خان: هذا إذا كان الفعل من الرجل، وإن كان من المرأة، كما إذا نظرت إلى فرجه أو قبلته بشهوة؛ فعلى الخلاف بين أئمتنا، عند أبي يوسف: لا يكون رجعة؛ لأنها إنما تكون من جانب الزَّوْج، وعندهما: يكون رجعة؛ لأن فعل الرجل إنما كان رجعةً حملًا لفعله على الحان، فيستوي فيه الرجل والمرأة، ولهذا لو أدخلت فرجه في فرجها وهو نائم يكون رجعةً. اعلم أن قبلتها بشهوة إنما يكون رجعةً إذا صدقها في كونها بشهوة، وإن كذبها؛ لا يكون رجعةً، ولا يمكن إثبات الشهوة بيينة؛ لأنها غيبٌ.

وفي «التبيين»: إن تزوّجها في العِدَّة لا يكون رجعةً عند أبي حنيفة؛ لأن إنشاء النكاح في المنكوحه باطل، فلا يثبت ما في ضمنه، وعند محمد: يكون رجعةً؛ لأن العمل بحقيقة النكاح معتدّر، فجعل مجازًا عن الرجعة. وبه يفتى.

1 ح: يبقى.

2 ح: ويثبت.

3 ح: يكون.

4 ح: فيكون.

5 د: واللمس.

قال: القدوري: الوطء في الدُّبُر ليس برجعة، والفتوى على أنه رجعة.

(ويستحبُّ الإِشهادُ) أي: إِشهاد شاهدين على الرجعة تحرراً عن التجاحد. (ولا نوجِبُه) وقال الشافعي في القديم: الإِشهادُ شرطٌ، وهو قول مالك، وهذا عجبٌ من مالك، حيث لم يشترط¹ في النكاح الإِشهاد، وجعله شرطاً على الرجعة. له: إِنَّ الله تعالى قال عقيب ذكر الرجعة: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾ [الطلاق، 2/65]، والأمر للوجوب. ولنا: إطلاقُ النصوص الدالَّة على الرِّجعة، ولأنَّه تصرَّفَ بالرجعة في خالص حَقِّه، فلا يتوقَّف على علم الغير، والأمر في الآية للاستحباب؛ لأنه مذكورٌ بعد ذكر المفارقة أيضاً، وهو قوله تعالى: ﴿أَوْ فَاَرَوْهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾ [الطلاق، 2/65]، والإِشهادُ ليس بشرطٍ في المفارقة، فكذا في الرِّجعة. (ومنعه من السفر بها) أي: بمطلَّقه الرجعيَّة (حتى يُشْهَدَ على رجعتها) وقال زفر: له ذلك؛ لقيام النكاح بينهما، ولهذا حلَّ وطئها.

ولنا: قوله تعالى: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ﴾ [الطلاق، 1/65]، والآية نزلت في الطلاق الرجعي بدلالة السياق، وهو قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ﴾ [الطلاق، 1/65]. قيَّد بالرجعة؛ لأن السفر بالمبانة ممنوعٌ اتِّفَاقاً. (ولو ادَّعى الرجعة) أي: قال: كنت راجعتك (بعد انقضائها) أي: إنقضاء العدة، (فإن صدَّقته) في دعواه؛ فهي امرأته، (وإلا) أي: إن كذَّبه؛ (فالقول قولها بغير يمين) عند أبي حنيفة. وقالوا: مع اليمين. والخلاف في هذه الجملة الاسميَّة راجعٌ إلى القيد الأخير، وهذا أحدُ الأشياء البتَّة التي لا استخلافَ فيها عنده خلافاً لهما. سيأتي بيانها في الدعوى.

(ولو قال: راجعتك، فأجابته) أي: قالت مجيبةً له: (انقضت عدتي، أو) قال: (زوج الأمة: كنت راجعتك فيها) أي: في عدتك، (فصدِّقه مولاها، وكذَّبه؛ فالقول قولها) عند أبي حنيفة، أي: لم تصح² الرجعة (فيهما) أي: في المسألتين يستحلُّ المرأة هنا اتِّفَاقاً؛ لأن فائدة اليمين النكول، وهو بذلُّ عنده، وبذلُّ الامتناع من التزوج والاحتباس في منزل الزوج جائزٌ، بخلاف الرجعة وغيرها من الأشياء البتَّة، فإنَّ بذلها لا يجوز. ثمَّ إذا نكلت يثبت الرجعة بناءً على ثبوت العدة لنكولها. كذا في «التبيين». وقالوا: صحَّت رجعتُه.

وفي «الحقائق»: محلُّ النزاع: ما لو أجابته متصلاً بكلامه؛ لأنَّها لو سكنت ساعةً، ثمَّ أجابته؛ تصحُّ³ الرجعة اتِّفَاقاً. قيَّد بالرجعة؛ لأنه لو قال: طلقتك، وقالت: انقضت عدتي؛ يقع اتِّفَاقاً، وهو الأصحُّ. قيَّد بتصديق المولى وتكذيبها؛ لأنه لو كذَّبه المولى وصدَّقته؛ فالقول للمولى اتِّفَاقاً؛ لأنه بتكذيبه صارت منقضية العدة في الحال، وظهر ملكُ المتعة له، فلم يقبل قولها في إبطاله، بخلاف مسألة المتن؛ لأن المولى بالتصديق في الرِّجعة قد أقرَّ بقيام العدة عند الرجعة، فلم يظهر ملكه مع العدة.

لهما في المسألة الأولى: إنَّ عدَّتْها باقيةً إلى أن تخبرَ بانقضائها، ورجعتُه سبقت إخبارها، فيصحُّ، ولا يقبل إخبارها؛ لأنَّها متهمَّة، ولهذا لو قال: طلقتك، فقالت مجيبةً له: انقضت عدتي؛ يقع الطلاق.

وله: إنَّ قوله: راجعتك إنشأه، وقولها: انقضت عدتي إخبارٌ، فيمتضي سبق المخبر عنه، فيقبل قولها؛ لأنَّها أمانة في أخبار رحمها، ومسألة الطلاق على الخلاف، ولئن سلِّم أنَّها وفاقيَّة؛ فالطلاق يقع بإقراره بعد انقضاء العدة، والرجعة لا يثبت به. كذا⁴ في «الكافي».

لهما في الثانية: إنَّ المولى مالكٌ منفعة بضع أمته، فيقبل إقراره فيها، كما لو أقرَّ بنكاحها. وله: ما مرَّ من الدليل في المسألة الأولى.

¹ د: بشرط.

² ح: يصح.

³ ح: يصح.

⁴ د: وكذا.

(وإذا انقطع الدم في الثالثة) أي: دم المعتدة في الحيضة الثالثة (لعشرة أيام؛ قطعنا الرجعة بدون غسل) وقال زفر: لا ينقطع ما لم تغتسل¹.

هذا الخلاف في المسلمة؛ لأنها لو كانت كتابيةً ينقطع الرجعة بلا غسلٍ اتفاقاً؛ لأنها غير مخاطبة بالشرائع. له: إطلاق قوله صلى الله عليه وسلم: «الزوج أحقُّ برجعته ما لم تغتسل»².

ولنا: إنَّ الحيضَ لا يكون أكثرَ من عشرة، فإذا تَمَّتْ خرجتْ عن الحيضِ يقيناً، وانقضتْ عدتها ضرورةً.

(وإن انقطع لأقل) أي: فيما دون عشرة؛ (لم ينقطع) الرجعة (إلا بالغسل)؛ لأن الأيام أيام الحيض، والدم ممكن العود، فلا بُدَّ من أن يتقوى باغتسالها، (أو بمضَي وقت صلاة).

وفي «الحقائق»: إذا انقطع لأقلَّ منها كما ينقطع بالاعتسَال والتَّحريمَة، وعند زفر: لا ينقطع إلا بالاعتسَال. دقَّتْها، بأن تجد بعد الانقطاع من الوقت ما يسعُ الاعتسَال والتَّحريمَة، وعند زفر: لا ينقطع إلا بالاعتسَال.

أقول: على هذا كان ينبغي أن يقول المصنِّف: وإن انقطع لأقلَّ منها ما قطعناها؛ ليدلَّ على خلاف زفر، وأنت ترى أنه قال: لم ينقطع، وهي صيغة الوفاق؛ لأنها تخاطبُ بأدائها، فتكون في حكم الطَّاهرة.

(أو بالتيمم مع الصلاة) يعني: إذا لم تجد الماء، فتيمنت، وصلتْ مكتوبةً أو نافلةً؛ انقطع الرجعة. وقيل: ينقطع بالشروع فيها؛ لأنها في حكم الطَّاهرات، والصحيح: أنها إنَّما تنقطع بعد الفراغ؛ ليتقرَّر الحكم بجواز الصلاة، ألا يرى أنها لو رأت الماء في الصلاة بطل تيممها، وإن رأت بعد الفراغ لا يبطل؟

(وقطعها) أي: محمداً الرجعة (بالتيمم وحده) وقال: لا تنقطع به.

له: إنَّ التيمم نزل منزلة الاعتسَال في التطهير، ولهذا حلَّ الصلاة به.

ولهما: إنَّه تلويثٌ حقيقةً، وإنَّما جعل طهارةً مطلقاً في حق الصلاة؛ لضرورة أن لا يتضاعف الواجبات على المكلف إذا امتدَّ فقد الماء، وجعل أيضاً طهارةً فيما يتعلَّقُ بها من مسِّ المصحف وقراءته، والرجعة ليست من توابعها، فلا يجعل طاهرةً في حقها.

وفي «الحقائق»: وضع المسألة في الرجعة؛ إذ ليس لها التزوُّج بآخر اتفاقاً.

موضع الخلاف: مجرد التيمم، حتى لو صلَّت معه؛ ينقطع حق الرجعة اتفاقاً؛ لأنه لَمَّا حُكِمَ بطهارتها في حقِّ صحَّة الصلاة؛ حُكِمَ بطهارتها في حق الرجعة.

فإن قيل: قال محمداً فيما سبق: اقتداء المتوضئ بالتيمم غير جائزٍ متمسكاً بأن التيمم طهارةً ضروريةً، فلمَّ جعله في حق الرجعة طهارةً مطلقاً؟

قلنا: جرياً على سنين الاحتياط؛ لأن الأحوط في الرجعة أن يُحكَمَ بانقطاعها بجعل التيمم كالاغتسَال تحرُّزاً عن وقوع الزنا، وفي الاقتداء أن لا يجعل كالوضوء؛ ليؤدِّي العبادة على الوجه الأكمل.

(ولو نسيت) المعتدة في اغتسالها عن الحيضة الثالثة فيما دون العشرة (عضواً فصاعداً؛ لم ينقطع الرجعة)؛ لأن العضو الكامل لا تغفل عنه في الاغتسَال عادةً، ولا يتسارع إليه الجفاف، فكان عدم وصول الماء إليه متيقناً، وأما إذا نسيت ما دون العضو؛ فينقطع الرجعة، وكان القياس أن لا ينقطع فيه أيضاً؛ لأن بقاء البعض بقاء الكل، لكن قلنا: ما دون العضو يحتمل أن يتسارع إليه الجفاف لقلته، فحكمنا بانقطاع الرجعة استحساناً أخذاً بالاحتياط، ولهذا قلنا: لا يحلُّ لها التزوُّج حتى تغسل ذلك الموضع.

(ولا يقطعها) أي: أبو يوسف الرجعة (بترك المضمضة والاستنشاق) أي: بترك معتدةً انقطع دمها من الحيضة الثالثة لأقلَّ من عشرة أيام؛ لأن تركهما كترك عضوٍ كاملٍ. (وخالفه) محمداً، وقال: ينقطع احتياطاً؛ لأن غسلهما في الغسل سنة عند بعض، ولكن لا تزوُّج بزواجٍ آخر في تركهما احتياطاً.

(ولو علَّق الطلاق بجماعها) أي: لو قال: إن جامعتك فأنت طالق، فجماعها، (فلبث فيه) ساعة، ثم أتم جماعه؛ (بجعله مراجعاً) أي: قال أبو يوسف: وقع بإيلاجه طلاقاً؛ لأن الجماع حصل به، ولهذا يجب به الغسل، وتحلُّ به المبائة ثلاثاً للزوج الأول،

¹ د: يغتسل.

² لم نجد مرفوعاً إلا في بدائع الصنائع للكاساني، 183/3. وقد روي موقوفاً عن أبي بكر وعمر وعلي وابن عباس، انظر مصنف ابن أبي شيبة، 126/10-127.

وبالْبُتُّ فيه صار مراجعًا؛ لأن البقاء عليه كالأبتداء. (وأوقفها) أي: محمد الرجعة (على المعاودة) أي: على الإدخال بعد الإخراج؛ لأن الإدخال وُجِدَ مرَّةً، وهو فعلٌ واحدٌ، ولهذا لو كان بالشُّبهة لا يجب بالبُتُّ فيه عقْرٌ آخرٌ ولا حدٌّ آخرٌ.

(ولو كان ثلاثًا) أي: لو كان المعلق بالجماع ثلاث طلاقات، فلبث فيه؛ (يلزمه) أي: أبو يوسف الزوج (العقر به) أي: باللبث؛ لأن الحرمة يثبت بالإدخال، وباللبث فيه صار واطًا للمبانة، فيجب عليه مهرُ المثل، لكن الحدَّ سقطَ عنه لشبهة¹ اتحاد الفعل. (وخالفه) أي: قال محمدٌ: لا عقْر عليه؛ لأن المجموعَ فعلٌ واحدٌ، فلم يكن اللبث فيه واطًا بعد الحرمة.

(وتزويُّن المطلقة الرجعية)؛ لأنها حلالٌ لبعولها، والتزويُّن داعٍ إلى الرجعة المستحبة.

(ويستحبُّ) للزوج إذا لم يقصد الرجعة (أن لا يدخلَ عليها إلا بإعلام)؛ لأنه يساكنها، وربَّما يقع نظره إلى داخل فرجها بشهوة، فيصيرُ مراجعًا، فيطلقها ثانيًا، فيطول العدة عليها.

(وإذا أئبنت) أي: جعل طلاقها بائنًا (بما دون الثلاث؛ تزوجها) زُوجها (في العدة وبعدها) لبقاء الحلِّ، فإن زواله إنَّما يكون بالطلقة الثالثة، وأمَّا غيرُ زوجها؛ فلم يحلَّ له أن يتزوجها في العدة؛ لاشتباه النسب. (أو بثلاث) أي: إذا أئبنت بثلاث طلاقات (في الحرَّة، وثنتين في الأمة؛ لم تحلَّ له²) للزوج الأوَّل وطئها بنكاحٍ (حتى تنكحَ زوجًا غيره نكاحًا صحيحًا، ويدخلَ بها، ثمَّ تبيَّن منه) أي: من الزوج الثاني، (أو يموت عنها) أقول: الضميرُ في أئبنت راجعٌ إلى الحرَّة لا إلى المنكوحَة؛ لأن الحكمَ الذي ذكره إنَّما يصحُّ في الحرَّة دون الأمة، ولفظُ المنكوحَة متناولٌ للأمة، وقوله: «أو بثلاث» معطوفٌ على «بما دون»، تقديره: أو أئبنت الحرَّة بثلاثٍ في الحرَّة، وهذا فاسدٌ، ولو قال المصنفُ: أو بثلاث أو أمة بثنتين؛ لكان أوَّلِي.

قيَّد بالنكاح الصحيح؛ لأن الوطء حرامٌ في الفاسد لا يثبت به الحلُّ للأوَّل.

وفي «الأجناس»: لو أخبرت بأنَّ الثاني دخلَ بها، وكذبها الأوَّل فيه؛ تحلَّ له، وإن أنكرت دخولَ الثاني، وأقرَّ به الأوَّل؛ لا تحلُّ.

اعلم أنَّ دخولَ الثاني شرطٌ للتَّحليل عند الجمهور؛ لثبوته بإشارة الكتاب وبالحديث المشهور، أمَّا الكتاب؛ فقوله تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ [البقرة، 2/230]، المراد به: الطلقة الثالثة بالإجماع، والنكاح المذكورُ فيه محمولٌ على الوطء؛ لأنه حقيقةٌ فيه، وحملًا للكلام على الإفادة دون الإعادة؛ لأنه لو حُمِلَ على العقد، وهو يُستفادُ من إطلاق اسم الزوج على الثاني؛ يكون إعادةً، والأصلُ في الإطلاق الإفادة. كذا في «الهداية».

ونظر فيه بعضٌ: بأنَّ النكاح المنسوب إلى المرأة لا يمكن أن يحتملَ على الوطء؛ لأنَّها موطوءةٌ لا واطئةٌ.

ويمكن الجوابُ عنه: بأنَّ الموطوءة جعلت واطئةً مجازًا، وهذا أقربٌ؛ لأنه لو حملَ على الوطء يكون في الكلام مجازًا واحدًا، وإعمالٌ للفظ النكاح والزوج على الحقيقة، ولو حُمِلَ على العقد؛ لكان فيه مجازان: مجازٌ في لفظ النكاح، ومجازٌ في الزوج، والأوَّل أوَّلِي.

وأما الحديث المشهور؛ فما روى ابن عمر رضي الله عنهما: أنَّ النبي صلى الله عليه وسلم قال: «إذا طلق الرجل امرأته ثلاثًا، فتزوجت بزوجٍ آخرٍ؛ لم تحلَّ للأوَّل حتى تذوق من عسيلته، ويذوق من عُسَيْلتها»³، وعن عائشة: أنَّ النبي صلى الله عليه وسلم فسَّر العسيلة بالجماع⁴، فإن حملَ النكاح في الآية على العقد؛ يجوز زيادةُ الدخول على الكتاب بهذا الحديث؛ لأنه مشهورٌ.

(ويحلُّ وطء المراهق) وهو من قَرِبَ من البلوغ، وتحركَ ألته واشتهى، وكذا وطء الخصي؛ لوجود الوطء في نكاحٍ صحيحٍ.

قيَّد بالمراهق؛ لأنه صلى الله عليه وسلم شرطَ اللذة من الطرفين.

وفي «فتاوى الوري»: الشيخ الكبير الذي لا يقدرُ على الجماع لو أُولِّجَ ذكره بمساعدة يده لا يُحلُّها، والمرأة المفضاة بعد الدخول إنَّما تحلُّ للأوَّل إذا حبلت؛ ليعلم أنَّ الوقاع وجد في قُبُلها.

(لا وطء المولى) أي: لا يحلُّ وطءُ المولى أمته لزوجها بعد طلاقها ثنتين؛ لأن المولى ليس بزوجٍ، وهو الشرطُ بالنصِّ.

وفي الفتاوى: الأمة المنكوحَة إذا حرمت حرمةً غليظةً لا يحلُّ على الزوج وطئها حتى تزوجَ زوجًا غيره وإن اشتراها.

¹ د: بشبهة.

² د- له.

³ صحيح مسلم، النكاح 115؛ مسند أحمد بن حنبل، 284/3؛ 96/6؛ المعجم الكبير للطبراني، 386/12 بمعناه.

⁴ مسند أحمد بن حنبل، 62/6؛ مسند أبي يعلى، 290/8.

(وإذا شرطه) أي: الزوج الثاني والمرأة التَّحليل بالقول؛ **(فالتَّكاحُ مكروهٌ ومحلَّلٌ)** عند أبي حنيفة، يعني: عنده الشرطان جائزان، حتى إذا لم يطَّلَقها بعدما جامعها يُجبرُ عليه، ولو لم يشرطاً بقولٍ قصداً؛ حَلَّتْ للأوَّل اتِّفاقاً، والصحيحُ قولُه. من «الحقائِق». لقوله صلى الله عليه وسلم: «لعن الله المحلَّل والمحلَّل له»¹، وهذا يقتضي صحَّة النكاح، والحلُّ للأوَّل والكرهية. قيل: إنما لعنه النبيُّ صلى الله عليه وسلم؛ لأن فيه إعارَةَ النفس في الوطء لغرض الغير وهتكاً للحمية، ولهذا قال صلى الله عليه وسلم: «هو التيسُّ المستعار»²، وإنَّما كان مستعاراً إذا سبق التماسُّ من الزوج الأوَّل، وهو محملُّ الحديث، وأما من طلب الحلَّ من طريقه؛ فلا يستوجب اللعنَ، وكذا الزوج الثاني لا يستحقُّ اللعنَ إذا كان قصده الإصلاحَ، بل يكون مأجوراً فيه. وفي «النهاية»: لو خافت المرأة أن لا يطَّلَقها المحلَّل، فتقول³: زوجتك نفسي على أن أمرى بيدي أطلق نفسي كما أريدُ، فيقول الرجل: قبلتُ؛ جاز التَّكاحُ، وصار الأمرُ بيدها. كذا ذكره الإمام الترمذِيُّ.

(ويحكم) أبو يوسف **(بفساده)** أي: بفساد النكاح المشروط فيه التَّحليل؛ لأن هذا في معنى شرط التَّوقيت، فيكون في معنى المتعة، فيبطل. **(وحكم بالصحة)** أي: محمد بصحة التَّكاح، **(ونفى الحلَّ)**؛ لأنه استعجل ما هو مؤخَّر شرعاً، فيعاقب بحرمان مقصوده، كالوارث القاتل مورثه.

(ويهدم الثاني ما دون الثلاث) يعني: إذا طَلَّقها وهي حرَّة طَلَّقها أو طَلَّقَتين، أو طَلَّقَةً واحدةً وهي أمةٌ، فتزوجت بأخرَ، وإذا بانث منه، وعادت⁴ إلى الأوَّل؛ يهدم الزوج الثاني الطَّلَقَةَ والطلقتين، وتعود⁵ إليه بثلاثِ طَلَقَاتٍ حتى لا تحرمُ عليه إلا بثلاثِ طَلَقَاتٍ عند أبي حنيفة وأبي يوسف، **(كما يهدمها)** أي: كما أنَّ المبانة بثلاثِ طَلَقَاتٍ إذا تزوجت بأخرَ؛ يهدم الزوج الثاني ثلاثِ طَلَقَاتِها، وإذا تزوجها الأوَّل يملكها بثلاثِ طَلَقَاتٍ اتفاقاً. **(وحكم بعودها بما بقي من طَلَقَاتِها)** أي: قال محمد: الحرَّة إذا كانت مطلقَةً بواحدةٍ؛ تعود بعد الثاني إلى الأوَّل بطلقتين، وإن كانت مطلقَةً ثنتين؛ تعود بواحدةٍ؛ لأن الزوج الثاني غايةٌ للحرمة الثابتة لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ [البقرة، 2/230]، لم تثبت تلك الحرمة بالطَّلَقَةَ والطلقتين، فكيف يرفعها الثاني؟! فلا يكون الزوج الثاني غايةً لها؛ لأن غاية الحرمة قبل وجودها محالٌ، فيملكها الأوَّل بما بقي من الطَلَقَاتِ، كما لو تزوجها قبل الزوج الثاني.

ولهما: إنَّ النبيَّ صلى الله عليه وسلم سَمَى الزوج الثاني محلِّلاً في قوله صلى الله عليه وسلم: «لعن الله المحلَّل»، وهو من يثبت الحلَّ، فالزوج الثاني يكون مثبتاً لحلِّ جديدٍ قبل الثلاث كما يثبت بعد الثلاث. فإن قيل: الحلُّ بعد الطَّلَقَةَ والطلقتين ثابتٌ، فكيف يثبت الثاني؟

قلنا: المحلُّ إن لم يقبل إثبات أصل الحلِّ؛ فهو قابلٌ لإثبات وصفه، وهو التكميلُ في الحال؛ لأنه كان ناقصاً بالطَّلَقَةَ والطلقتين، وكلمة «حتى» هنا ليست للغاية حقيقةً؛ لأن المنتهى متقرَّرٌ في نفسه عند الغاية، والحرمة هنا لم يتقرَّر بالزوج الثاني، بل ارتفعت، فعلم أنَّه رافعٌ وجاعلٌ للمطلقة ثلاثاً كأنها لم تطلق، وصارت أجنبيةً، فجاز أن يجعل المطلقةً ثنتين كذلك.

(وإذا طَلَّقها ثلاثاً، فادعت انقضاء العدة منه) أي: من الزوج الأوَّل **(ومن المحلَّل مع احتمال المدة)** وسيأتي بيانها في فصل العدة إن شاء الله تعالى. **(وعلبة ظنَّه)** أي: ظن الأوَّل **(بصدقها؛ جاز نكاحها)**؛ لأن النكاح إن كان من المعاملات؛ فخبِر الواحد فيها مقبولٌ كما في الوكالات والإذن في التجارات، وإن كان أمراً دينياً لتعلق الحلِّ به؛ فخبِرُه مقبولٌ أيضاً، كما لو أخبرتُ بطهارة شيءٍ. ولو أنكرت دخولَ الثاني بعد إقرارها به؛ لا تصدِّق، ولو أقرَّت بتحلُّلها له، ثُمَّ أنكرت دخولَ الثاني: إن كانت عالمةً بشرائط الحلِّ للأوَّل⁷؛ لم تصدِّق، وإلا؛ فتصدِّق.

(فصل) في الإيلاء

وهو اليمينُ على ترك وطء المنكوحه.

¹ سنن أبي داود، النكاح 14-15؛ سنن ابن ماجه، النكاح 33.

² سنن ابن ماجه، النكاح 33؛ المعجم الكبير للطبراني، 17/299.

³ د: فيقول.

⁴ د: وعاد.

⁵ د: ويعود.

⁶ ح: فإذا.

⁷ د - للأوَّل.

وألفاظه الصريحة: والله لا أجامعك، ولا نكتك، وبعض الكنايات منها كالقربان والوطء والمباضعة والافتضاض في البكر والاعتسال منها جرى مجرى الصريحة، وغير هذه المذكورات، كالإصابة والإتيان والمضاجعة والغشيان والدنو والمس¹ وعدم البيوتة معها في فراش؛ لا يكون الزوج بها مولياً إلا بالنية².

(إذا قال: والله لا أقربك، أو لا أقربك أربعة أشهر؛ كان مولياً) لقوله تعالى: ﴿لِلَّذِينَ يُؤَلُّونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرْتُّصٌ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ﴾ [البقرة، 226/2] الآية.

(فإن قربها فيها) أي: في المدة المذكورة (حنث وكفر) ليمينه، (وسقط الإيلاء)؛ لأن اليمين ارتفعت بالحنث. (وإلا) أي: إن لم يقربها (بانث بتطبيقه عند مضي المدة) وهي أربعة أشهر.

(ولا نوقفه) أي: الطلاق في الإيلاء (على تفريق الحاكم) وقال الشافعي: لا تبيّن بمضي المدة، فيأمره الحاكم بتسريحها، فإن أبي يفرقها كما في العنين؛ لأن الله تعالى قال في حق المولين: ﴿وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ﴾ [البقرة، 227/2] الآية، ولو كان واقعاً بمضي المدة لم يُصوّر العزم عليه.

ولنا: ما روي أنه صلى الله عليه وسلم قال: «عزم الطلاق للمولي مضي أربعة أشهر»³، وإنما أضيف إلى الزوج لكونه سبباً، فلا يحتاج إلى قضاء القاضي، ومعنى الآية: إن عزموا أن يصير الإيلاء طلاقاً فإن الله سمع عليهم بالعزيمة، ومذهبنا مروى عن عثمان وعلي، والعين ليس بظالم، فناسب التخفيف، والمولي ظالم بمنع حثها في الجماع، فيجازى بوقوع الطلاق.

فإن قلت: ذكر في «الجامع الصغير» لقاضي⁴ خان: ليس للزوجة أن تطالب الوطاء من الزوج حكماً بعد وطئه إياها مرة، فكيف يكون المولي ظالمًا بمنع ما ليس بمستحق عليه؟

قلت: إن لم يكن⁵ مستحقاً عليه حكماً؛ فالوطء مستحق عليه ديانة؟

(فإن قيد يمينه بالمدة) أي: حلف على أربعة أشهر؛ (سقطت) يمينه بمضي وقتها. (وإن أبده) أي: إن لم يقيد حلفه بمدّة، كقوله: والله لا أقربك، فبانث امرأته بمضي المدة، فتزوجها؛ (عاد الإيلاء بتزوجها)؛ لأن اليمين المطلقة لا تنحل إلا بالحنث، ولم يوجد، فبقيت كما كانت.

قيد بقوله: «بتزوجها» احترازاً عما ذكر في «التحفة» و«البدائع» و«المحيط» من أنها بعد بينوتها بمضي المدة إذا مضت عليها أربعة أشهر أخرى وهي في العدة وقعت بلا تزوج، كما لو أبانها بتنجيز الطلاق، ثم مضت مدة الإيلاء وهي في العدة؛ يقع أخرى. والأصح ما ذكر في المتن؛ لأن وقوع الطلاق جزاء الظلم، وليس للمبانة حق في الجماع، فلا يكون ظالمًا، بخلاف ما لو أبانها بتنجيز الطلاق؛ لأن الإيلاء بمنزلة التعليق⁶ بمضي المدة، والمعلق لا يبطل بتنجيز ما دون الثلاث.

(فإن قربها) فعليه الكفارة، (وإلا) أي: إن لم يقربها (بانث بأخرى)؛ لأنه بالتزوج ثبت حثها في الجماع، فتحقق الظلم، فعوقب بوقوع الطلاق بمضي المدة المعهودة.

اعلم أن مدة هذا الإيلاء معتبرة من وقت التزوج إن كان تزوجها بعد العدة، ومعتبرة من الطلاق الأول إن كان تزوجها في العدة. كذا في «الغاية».

(وإن تزوجها) مرة ثالثة؛ (عاد) الإيلاء (ثالثاً) فإن قربها يكفر، وإن لم يقربها؛ تبيّن بمضي المدة لما قلنا.

(فإن عادت) إلى زوجها الأول (بعد زوج آخر، فوطئها؛ كفر) لبقاء اليمين، فيه تفصيل: إن كان الحلف بغير طلاقها يبقى، وإن كان بطلاقها بأن قال: إن قربتك فأنت طالق ثلاثاً لا يبقى؛ لأن التنجيز يبطل التعليق. كذا قاله صدر الشريعة.

(وأبطلنا إيلاءه) يعني: إن تزوجها بعد زوج آخر؛ لم يقع بذلك الإيلاء طلاقاً. وقال زفر: يعود الإيلاء؛ لأن اليمين باقية، فيصير ظالمًا بمنع حثها، فيثبت حكمه.

¹ د: واللمس.

² ح: بالينة.

³ لم نجد مرفوعاً إلا في المسبوط للسرخسي، 21/7، ولفظه «عزيمة الطلاق مضي أربعة أشهر». وقد روي عن ابن عباس قوله «عزم الطلاق انقضاء الأشهر الأربعة»، انظر مسند ابن الجعد، ص 43، 285؛ السنن الكبرى للبيهقي، 379/7.

⁴ ح: قاضي.

⁵ د: تكن.

⁶ ح: التطلق.

ولنا: إنَّ تقديرَ هذا الإيلاء: كلما مضت أربعة أشهرٍ ولم أقربك فأنت بائِنٌ، فلم تبق اليمينُ في حقِّ الطلاق؛ لأنَّ صحَّةَ التعلُّيق باعتبار الطلقات المملوكة له، وهي قد استوفيت، وبقيت اليمينُ في حقِّ الكفارة؛ لأنَّها غيرُ موقوفةٍ على الملك، حتى لو قال لأجنبيَّة: والله لا أقربك، فنزَّوجها؛ لا يكون إيلاءً، ولو قربها تجب الكفارة.

(وإيلاءُ الذميِّ بالله) كأن قال لامرأته: والله لا أقربك أربعة أشهرٍ (منعقدٌ) عند أبي حنيفة في حقِّ الطلاق دون الكفارة، حتى لو تركها أربعة أشهرٍ بانث بالإيلاء، ولو قربها لم يلزمه الكفارة¹. وقالوا: لا يكون إيلاءً. قيَّد بقوله: «بالله»؛ لأنه لو ألى بالطلاق، كأن قال: إن قربتك فضررتك طالق، أو بالعناق؛ يصحُّ اتِّفاقاً. وإن ألى بصومٍ أو صدقة؛ لا يكون إيلاءً اتِّفاقاً؛ لأنه ليس من أهل القرب.

لهما: إنَّ الموليَّ من لا يمكنُ قربانُ امرأته إلا بشيءٍ يلزمه، والذميُّ يمكنُ قربانها من غير لزومٍ كفارة، فلا يكون موليًّا. وله: إنَّ المعتبرَ في الإيلاء لزومُ الحنث على تقدير قربانها، لا لزومُ الكفارة، والذميُّ أهلٌ لليمين، ولهذا يُستحلفُ في الدَّعاوى، وإذا صحَّ يمينه يلزمه الحنث، إلا أنَّ الكفارة لا يلزمه؛ لأنَّها رافعةٌ أو ساترةٌ لذنب الحنث، والذميُّ ليس بأهلٍ بذلك ما دام على كفره. (ولو حلف بطلاق، أو عتاق، أو حجٍّ، أو صدقة، أو صوم) كأن قال: إن قربتك فزوجتي فلانة طالق، أو عبدي فلان حرٌّ، أو عليَّ حجٌّ، أو صدقة، أو صومٌ؛ (كان موليًّا)؛ لأنَّ هذه الأجزئة مانعةٌ من الوطء، فصار في معنى اليمين بالله. ذكر الصوم مطلقاً؛ لأنه لو قيَّده بأن قال: عليَّ صومٌ هذا الشهر لم يكن موليًّا؛ لأنَّ اليمينَ يسقطُ بمضيِّ الشهر، ويمكنه القربان من غير لزومٍ شيءٍ.

(أو بصلاة) أي: لو قال: إن قربتك فعليَّ صلاةً؛ (لم يجعله) أبو يوسف (موليًّا)؛ لأنَّها مما لا يُحلفُ بها عادةً، فصار كما لو قال: فعليَّ صلاةً الجنابة. (وخالفه) أي: قال محمدٌ: يصيرُ موليًّا؛ لأنَّ الصلاةَ مما يلتزمُ² بالندر كالصوم والصدقة. (أو إن قربتك فكلُّ عبدٍ سأملكه حرٌّ، أو والله لا أقربك حتى أعتق هذا) أي: هذا العبد، (أو أطلق هذه) أي: هذه المرأة؛ (لم يجعله) أبو يوسف (موليًّا) وقالوا: يكون موليًّا في المسألتين.

قيَّد بقوله: «ما أملكه»؛ لأنه لو قال: ما اشتريه لا يصيرُ موليًّا اتِّفاقاً. من «الحقائق»³. له: إنَّ قربانها ممكنٌ في المسألة الأولى بأن لا يتملِّك عبداً، وفي الثانية بأن يعتق عبده أو يطلق⁴ امرأته، فيقربها من غير حنثٍ يلزمه، فصار كما إذا قال: لا أقربك حتى يموت فلانٌ. ولهما في المسألة الأولى: إنَّ المولى يحتملُ أن يملك عبداً بلا اختياره بأن موت مورثه، فترك عبداً، فيلزم من قربانها عتقه، فيكون موليًّا.

وفي الثانية: إن قربها قبل الغاية لزمه الكفارة، وإن أعتق عبده لأجل قربانها إذا لم يمكنه بدونه؛ صار كأنه لزم بقربانها ضرراً، وهو الغايَةُ، وهو مضافٌ إلى اليمين، فيكون موليًّا، بخلاف قوله: حتى يموت فلانٌ؛ لأنه على تقدير وجود الغاية لا يلزمه ضررٌ. ولو مات ذلك العبد؛ سقط الإيلاء اتِّفاقاً. ولو باعه، ثمَّ اشتراه؛ عاد الإيلاء من وقت الشِّراء إن لم يكن جامعها بعد البيع قبل الشراء.

(أو حتى أصوم) أي: لو قال: لا أقربك حتى أصوم (شعبان، وهو) أي: والحال أنَّ حلقه كان (في رجب؛ فهو غيرُ موليٍّ) عند أبي حنيفة؛ لأنَّ الغاية صومُ كلِّ شعبان، فإذا ترك صومَ كلِّه أو يومٍ منه؛ فات الغاية، وفواتها قبل مضيِّ المدة يرفعُ⁵ اليمين، فلا يكون إيلاءً لإمكان قربانها في المدة بلا لزومٍ شيءٍ، ولو قربها قبل الغاية يحنث.

¹ د - في حق الطلاق دون الكفارة.

² د: تلتزم.

³ د - قيد بقوله.

⁴ د: تطلق.

⁵ ح: ترفع.

(ويخالفه) أي: قال أبو يوسف: يكون مولياً (إن فاته صومه¹) أي: صوم شعبان؛ لأنه قبل فوته كان يحتمل أن يصومه، وتوجد² الغاية، ويكون باراً في يمينه، فإذا فات الغاية؛ صار يمينه مؤثماً؛ لأن من أصله: أن اليمين ينقض وإن لم يتصور المحلوف عليه كما ذهب إليه إذا حلف على أن يشرب ماء الكوز مؤثماً، فثبت ماؤه.

(وجعله) أي: محمد ذلك الحالف (مولياً في الحال، وأسقطه بصومه) أي: محمد الإيلاء بصوم شعبان، (أو صوم بدله) بأن يصوم شهراً آخر بدلاً عنه (قبل انقضاء المدة) أي: مدة الإيلاء، وإن فات عنه صومه أو صوم بدله؛ بقي مولياً؛ لأن صوم شعبان له بدل، وهو القضاء، والبدل يقوم مقامه، فلم يمكنه قربانها إلا بانتهاه إلى صوم شهر، فكان³ مولياً، بمنزلة ما لو ذكر مكان شعبان شهراً مطلقاً.

(أو سنة) أي: لو قال: والله لا أقربك سنةً (إلا يوماً؛ جعلناه مولياً إن وجدت المدة) أي: أربعة أشهر (بعد قربانها)؛ لأنه استوفى اليوم الذي استثناه، وبقي يمينه في بقية السنة مطلقاً، وإن بقي أقل منها؛ لم يكن مولياً. (لا في الحال) أي: قال زفر: يكون مولياً في الحال؛ لأن الاستثناء مصروف إلى اليوم الأخير من السنة، كما لو قال: آجرتك هذه الدار سنةً إلا يوماً، أو قال في الإيلاء: سنةً إلا نقصان يوم.

ولنا: إن المستثنى يومٌ مُنكَّرٌ، ولا وجه إلى تعيينه، فيمكنه قربانها في أي يوم يريد بلا لزوم شيء، فلا يكون مولياً، وإنما صرف في الإجارة إلى آخر السنة تصحيحاً للعقد، فلا حاجة إليه في اليمين؛ لأنها منعقدة مع الجهالة، وفي قوله: إلا نقصان يوم يصرف النقض إلى آخر المدة عملاً بالعرف.

(أو إن قربتك فأنت علي حرام) والحال أنه (ينوي اليمين؛ فهو إيلاء في الحال) عند أبي حنيفة. (وقالا: إذا قربها) مرةً يصير مولياً؛ لأنه علق اليمين بقربانها، فلا يصير مولياً قبله، كما لو قال: إن قربتك فوالله لا أقربك.

وله: إن قربانها لا يمكنه إلا بالتزام اليمين؛ لأن تحريم الحلال يمين، فصار كأنه قال: إن قربتك فعلي يمين، فيكون⁴ مولياً في الحال؛ لأن نفس اليمين لا يكون عليه، بل موجبها، وليس هذا كما استشهدا به؛ لأن مراده فيه منع نفسه عن القربان الثاني، وفي مسألتنا مراده منع نفسه على القربان الأول.

قيد بقوله: «ينوي اليمين»؛ لأنه لو نوى الطلاق يكون مولياً في الحال اتفاقاً؛ لأنه لا يملك قربانها في المدة إلا بطلاقي يلزمه. من «الحقائقي».

(ولو كثر اليمين في مجلس واحد ثلاثاً) كما إذا قال: والله لا أقربك والله لا أقربك والله لا أقربك (بغير نية) أي: بأن لم ينو بهذا التكرار شيئاً، (أو للتشديد) بالجر عطف على غير بحذف المضاف، تقديره: أو بنية التشديد، أي: التعليل (دون التكرار) أي: التأكيد (حكم) محمد (بتعدد الإيلاء) حتى إذا مضت أربعة أشهر ولم يقربها؛ تبين بتطبيقه، فإذا مضت ساعة؛ تبين بتطبيقه أخرى، وإذا مضت ساعة أخرى؛ تبين بتطبيقه أخرى. (كاليمين) أي: كما حكم على تعدد اليمين اتفاقاً، إلا أن الزمان لكنا كان واحداً وصار تعدده حكماً؛ فطلقت بمضي ساعة. وقالوا: الإيلاء واحد استحساناً؛ حتى لو لم يقربها في المدة لا تطلق إلا واحدة، ولو قربها يلزمه ثلاث كفارات.

قيد المجلس بالواحد؛ لأنه لو كان في ثلاثة مجالس يكون ثلاثة إيلاء اتفاقاً.

وقيد بقوله: دون التكرار؛ لأنه لو نواه؛ فاليمين واحدة، والإيلاء واحد اتفاقاً. كذا في «المصنف» و«الحقائقي» و«الكافي».

عرفت من هذا أن ما قاله المصنف في «شرحه» من أنه إذا نوى التكرار يكون الإيلاء واليمين ثلاثاً اتفاقاً ليس كما ينبغي.

ولهما: إن المولي على تقدير البر في هذه الأيمان المتكررة يكون ظالماً بمنع حقها في الجماع، والمنع وجد منه مرةً في زمان واحد؛ لأن المجلس الواحد متحد الأزمنة شرعاً، فيكون جزاؤه. وهو الطلاق. واحداً، وعلى تقدير الحنث يكون هاتكاً لحزمة اسم الله في كل مرة، فتلزمه⁵ كفارات، بخلاف تعدد المجالس؛ لأن الظلم يتعدّد باختلاف الأزمنة حقيقةً وحكماً.

1: ح: صوم.

2: ح: ويوجد.

3: ح: وكان.

4: ح: يكون.

5: ح: فيلزمه.

(ونجعلُ المدَّة) أي: مدَّة الإيلاء (للأمة شهرين) وقال الشافعي: أربعة أشهر؛ لأن هذه المدَّة ضربت لإظهار الظلم بمنع الحق في الجماع، والحرَّة والأمة في ذلك سواءً.

ولنا: إنَّ هذه المدَّة ضربت أجبلاً للبينونة، فشابهت مدَّة العدة، والرُّق مؤبَّت في تنصيف مدَّة العدة، فكذا في مدَّة الإيلاء، والجماع فوات الحِلِّ بهما.

(ويصحُّ الإيلاءُ (على) المطلقة (الرجعية)؛ لأن الزوجية باقية بينهما، وسقط الإيلاء لو انقضت عدتها قبل مضي مدته. (لا المبانة) أي: لا يصحُّ الإيلاء عليها؛ لأنه بمنزلة تعليق الطلاق بمضي المدَّة، فلا بُدَّ فيه من الملك أو من الإضافة إليه، كما لو قال: إن تزوجتك فوالله لا أفرِّقك، والمبانة منقطعة الملك، ولو آلى منها، ثمَّ تزوجها؛ لا يكون مولياً؛ لأن الكلام وقع باطلاً، لكنَّه لو وطئها كفر؛ لأن اليمين لم يقتضِ الملك.

(وإذا كان أحدهما) أي: الزوج أو الزوجة (مريضاً، أو هو مجبوراً، أو هي صغيرة، أو رتقاء، أو بينهما مسافة أربعة أشهر) يعني: إذا عجز من آلى من¹ امرأته عن جماعها بأحد هذه الأسباب، (فقال في المدَّة) أي: في مدة الإيلاء: (فنتَّ إليها) أي: رجعت إلى امرأتي، (واستمرَّ العذر) أي: والحال أنَّ عجزه كان ثابتاً من وقت الإيلاء إلى أن يمضي مدَّته (نسقطه) أي: يصحُّ فيه، ويسقط إيلاؤه عندنا، خلافاً للشافعي.

قيَّد بقوله: «في المدَّة» ويقول: «واستمرَّ العذر»؛ لأن العجز لو زال في المدَّة أو وجد الفيء بعدها؛ لم يصحَّ اتِّفاقاً. له: إنَّ الطلاق في الإيلاء لدفع الظلم عنها بمنعها، وهو الوطء، فلا يكون الفيء باللسان إيفاءً لحقها، ولهذا لا يحنث به.

ولنا: إنَّه لو كان قادراً على الجماع وقت الإيلاء؛ ثبت حقها فيه، وكان فيءه بإيفاء حقها، وهو الجماع²، ولكنَّه عاجز عنه، ولا حقَّ لها فيه، ولهذا لا تملك³ مطالبته، فلما كان إيلاء العاجز بذكر منع جماعها صار إرضاءها بوعده جماعها؛ لأن التوبة تكون⁴ بحسب الجنابة، وعدم تحقُّق الحنث بالفيء باللسان؛ لأنه غير المحلوف عليه.

(فإن قدر على الجماع فيها) أي: في المدَّة بعد الفيء باللسان؛ (لزمه الفيء به) أي: بالجماع؛ لأنه قدر على الأصل قبل حصول المقصود بالخلف، فيبطل كالتيمم إذا رأى الماء قبل إتمام الصلاة.

(ولو كان محرماً) أي: إذ آلى المحرم من امرأته (وبين إيلائه وتمايم الحج أربعة أشهر، ففاء بالقول؛ أبطناه) أي: قلنا: فيئته غير جائز، حتى إذا تمت المدَّة، ولم يفيء بالجماع؛ بانث منه. وقال زفر: يجوز فيئته؛ لأنه ممنوع عن الجماع شرعاً، فصار كالممنوع حساً بالمرض.

ولنا: إنَّه قادرٌ عليه حقيقةً، والشرط في جواز الفيء باللسان العجز عنه حقيقةً. (أو مريضاً) أي: لو آلى المريض مؤبداً، (فلم يفيء به) أي: لم يرجع إليها بلسانه (حتى انقضت) مدَّة الإيلاء، (فبانث، ثمَّ صحَّ) أدنى مدَّة، وهو يوم أو يومان أو ثلاثة. كذا في الجامع الكبير. ولم يطأها، (ثم مرض، فتزوجها، ثمَّ فاء به) أي: بالقول في المدَّة؛ (يجيزه) أي: أبو يوسف الفيء، حتى لو مضت المدَّة من وقت التكاك الثاني لا تبيئ منه؛ لأن الإيلاء وُجد منه وهو مريض، وعاد حكمه وهو مريض، وفي زمان الصحة كانت مبانة لا حقَّ لها في الوطء، ولا يعود فيه حكم الإيلاء.

(وأبطله) أي: محمد الفيء؛ لأنه كان قادراً على الفيء باللسان قبل البينونة، فلم يفيء، ثمَّ صار في زمان صحته قادراً على الجماع، ومتى قدر على الأصل في شيء من مدَّة اليمين؛ بطل الفيء باللسان؛ لأن هذه المدَّة مدَّة الإيلاء. وفي «التبيين»: الأصحُّ قولُ أبي يوسف.

(أو لسانه الأربع) قال: والله (لا أقرب إحداك؛ قصرنا الإيلاء على واحدة) وقال زفر: صار مولياً منهنَّ جميعاً، حتى لو مضت أربعة أشهر، ولم يقرب أحداً منهنَّ؛ بانث واحدة، وعلى الزوج تعيينها عندنا، وتبيئ كلهنَّ عنده؛ لأن قوله: إحداك وواحدة منك سواها، فلو قال: لا أقرب واحدة منك؛ يصير مولياً منهنَّ جميعاً، وكذا هذا.

1 ح - من.

2 ح - وكان فيئته بإيفاء حقها.

3 د: يملك.

4 ح: يكون.

ولنا: إنَّ إحدائَكَ معرفةً، فلا تعلمُ، ولهذا لم يصحَّ أن يقال: لكِلِّ إحداهنَّ عليَّ درهمٌ، وأمَّا واحدةٌ منكِنَّ؛ فنكرةٌ في موضع النفي، فتعلمُ، ولهذا صحَّ أن يقال: لكِلِّ واحدةٍ منهنَّ عليَّ درهمٌ.

(أو لا أقربَكَ) أي: لو قال لنسوته الأربع: والله لا أقربَكَ (جعلناه موليًا عليهنَّ) في الحال، حتى لو مضت أربعة أشهرٍ بين¹ جميعًا، (لا على الزَّابعة بعد وطئ الثلاثة) أي: قال زفر: لا يكون موليًا ما لم يطأ ثلاثًا منهنَّ، وهو القياس؛ لأنَّ الحنثَ إنَّما يقع إذا وطئ الكلَّ، فقربانُ الثلاث يمكنه بغير حنثٍ، فلا يكون موليًا عليهنَّ، فيصيرُ موليًا على الرابعة، فصار كما إذا قال: إن قربت ثلاثًا منكِنَّ فوالله لا أقرب الرابعة.

ولنا: إنَّه قصد الإضرارَ بهنَّ بمنع حقهنَّ، فيكون موليًا عليهنَّ، فلما لم يوجد وطئ جميعهنَّ لا يتحقَّق الحنثُ، وإذا وُجد يضاف الحنثُ إلى وطئ كلهنَّ لا إلى الرابعة، بخلاف ما قاس عليه؛ لأنه يميِّزُ معلقًا، فلا ينعقد ما لم يوجد شرطها، وهو وطئ الثلاث. إنَّما قال: «موليًا عليهنَّ»، ولم يقل: منهنَّ إشارةً إلى أنَّ الإيلاءَ حقه أن يستعمل بـ«علي»؛ لأنه بمعنى الحلف، وهو لا يستعمل بمن، والى أنَّ استعماله بمن كما شاع في عبارات الفقهاء ليس كما ينبغي. وأمَّا «من نسائهم» في قوله تعالى: ﴿لِلَّذِينَ يُؤَلُّونَ مِنْ نِسَائِهِمْ﴾ [البقرة، 2/226] ليس بمتعلِّق بـ«يؤلون»، بل خبرٌ لمبتدأٍ نكرةٌ بعده، وهو ﴿تَرْبُصُ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ﴾ [البقرة، 2/226]، فتقديرُ الآية: . والله اعلم: . للذين يحلفون على ترك قربان نسائهم تربصُ أربعة أشهرٍ من نسائهم. هذا حاصلُ شرح المصنف.

أقول²: يحمل استعمالُ الفقهاء على تضمينهم الإيلاءَ معنى الاجتناب، والتضمينُ باقٍ واسعٌ، فتخطفتهم ليس كما ينبغي. (أو إحداكمَا) أي: لو قال لزوجته: والله لا أقربُ إحداكمَا، (فمضت المدة؛ بانث واحدةً) اتفاقًا، وإليه البيان. ولو بين قبل المدة؛ لا يصحُّ، كما علق طلاقَ إحداهنَّ بمجيء الغد، وبين قبل الغد، فلو بين بعد المدة حتى انصرف الطلاقُ إليها، ثم مضت أربعة أشهرٍ أخرى؛ فعند أبي يوسف: لا تبيِّن. من «الحقائق».

(فإذا مضت مدةٌ أخرى) أي: أربعة أشهرٍ؛ (لا يحكمُ) أبو يوسف (ببينونة الأخرى) وقال: تبيِّن؛ لأنَّ اليمينَ باقيةٌ ما لم يحنثَ، ولمَّا زالت مزاحمةُ الأولى بعد مضيِّ المدة؛ تعيَّنت الأخرى للإيلاء، كما لو ماتت إحداهما.

وله: إنَّه آلى من إحداهما لا منهما، وإحدى ليست بنكرةٍ حتى تعلمَ؛ لأنَّها مضافةٌ، فتعيَّنت الأولى للإيلاء، فلا تبيِّن الأخرى. (وتعتبرُ³ النيةُ في) قوله لامرأته: (أنت حرامٌ)؛ لأنه مجملٌ، وبيانه على المجمل، (فإذا أراد الكذب أو الظهار؛ صدق) أمَّا الكذب؛ فلائه وصف المحلَّة بالمحرمة، فكان كذبًا حقيقةً، وأمَّا الظهار؛ فلائه محتملٌ كلامه؛ لأنَّ الظهارَ فيه حرمةٌ، فإذا نواه صحَّ. اعلم أنَّ المذكورَ في المتن قولُ أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمدٌ: لا يكون ظهارًا. كذا قاله المصنِّف في «شرح». ليت شعري لم ترك الخلافَ فيه؟

(أو الطلاق) أي: لو قال: أردتُ منه الطلاقَ؛ (كان بانثًا)؛ لأنَّها من ألفاظ الكنايات. (أو التحريم، أو خلا عن نيةٍ) أي: لو قال: لم أردُ به شيئًا؛ (كان موليًا)؛ لأنَّ تحريمَ الحلال يميِّنُ. (وصرفه) أي: تحريمَ الحلال (المتأخرون إلى الطلاق من غير نيةٍ)؛ لأنَّ إطلاقه في عرف الناس طلاقٌ، ولهذا قالوا: لو نوى غيره لا يصدِّق قضاءً.

وفي «المحيط»: لو قال: أنتما عليَّ حرامٌ؛ يكون موليًا من كلِّ واحدةٍ منهما، ويحنثُ بوطء كلِّ منهما. ولو قال: والله لا أقربكما؛ لا يحنثُ إلا بوطئهما. والفرق: أنَّ هتك حرمة اسم الله لا يتحقَّق إلا بقربانها، وفي قوله: أنتما عليَّ حرامٌ صار إيلاءً باعتبار معنى التحريم، وهو موجودٌ في حقِّ كلِّ منهما.

وفي «النوازل»: لو قال: حلالٌ الله عليَّ حرامٌ إن أفعل كذا، ففعل، فإن كانت له امرأةٌ؛ طلقَتْ؛ لأنَّ مطلق هذا ينصرفُ إلى النساءِ عرفًا، وإن لم يكن له امرأةٌ، ثمَّ تزوجها؛ يلزمه⁴ الكفارة إذا فعل؛ لأنه تعدَّ صرْفه إلى المرأة، فجعل يمينًا؛ لأنَّ تحريمَ الحلال يميِّنُ.

(فصل) في الخلع

¹ ح: تين.

² د: وأقول.

³ ح: ويعتبر.

⁴ د: يلزمها.

وهو في اللغة بفتح الخاء بمعنى: إزالة شيء عن شيء. وفي الشرع بضم الخاء: اسم لإزالة ملك النكاح بأخذ المال. وإذا افتدت المرأة نفسها بمالٍ يخلعها عليه) أي: يزيل الزوج نكاحها على ذلك المال، (ففعل) أي: قال: خالعتك، أو بارأتك، أو طلقتك على كذا، أو بعثت نفسك بكذا؛ (وقعت طلاقاً) لقوله صلى الله عليه وسلم «الخلع تطليقة»¹ (بائنة)؛ لأن لفظه كفاية، ولو قال: لم أرد به طلاقاً؛ لا يُسمع قضاء؛ لأن ذكر المال دليل على قصده، ولهذا استغني فيه عن النية. ولو خالغ ولم يذكر بدلاً، وقال: لم أنو به الطلاق؛ يصدّق. كذا في «الذخيرة».

(ولزمها المال)؛ لأنه لم يرَضَ بخروج البضع عن ملكه إلا به.

(ولم نجعله) أي: الخلع (فسخاً) وقال الشافعي: إنه فسخٌ لا ينتقض به عددُ الطلاق، وفي أصح قوليه: أنه يوافقنا.

له: قول ابن عباس: الخلعُ فسخٌ.

ولنا: ما رويناه، وهو مروى عن عمر وعلي موقوفاً ومرفوعاً، وروي أن ابن عباس رجع عن ذلك القول. ذكر في «المبسوط».

(فإن كان هو الناشز؛ كره) له (أخذ العوض) لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِخْدَاهُمْ فِنْطَارًا فَلَا

تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا﴾ [النساء، 20/4].

(أو هي) أي: كانت هي الناشزة، (فإن يأخذ) أي: كره له أن يأخذ (أكثر مما أعطاهما) لما روي أن امرأة ثابت بن قيس حين أرادت الفرقة قال النبي صلى الله عليه وسلم لها: «أتردين عليه حديقته؟»، قالت: نعم وزيادة، فقال صلى الله عليه وسلم: «أما الزيادة فلا»²، والنهي في الآية والحديث محمول على الكراهة³؛ لأن قوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ [البقرة، 229/2] بإطلاقه تعارضه.

(ولو خالغ بشرط الخيار لنفسه) كقوله: خالعتك على أتني بالخيار ثلاثة أيام، فقبلت؛ (بطل) الخيار اتفاقاً. (أو لها) أي: لو قال: خالعتك بكذا على أنك بالخيار ثلاثة أيام، فقبلت؛ (فهو) أي: الخيار (جائز) عند أبي حنيفة. وقالوا: لا يجوز؛ لأن الخلع من جانبه في معنى تعليق الطلاق بقبول المال، وهو يمين، ولهذا لا يملك الرجوع، بل يبقى معلماً بقبولها، ويصح تعليقه وإضافته، كما لو قال: إذا قدم فلان أو جاء غد فقد خالعتك، والخيار بعد الانعقاد إنما يكون للفسخ، واليمين لا يقبل الفسخ، وكذا شرطها، وهو القبول من جانبها.

وله: إن الخلع من جانبها تملك مالٍ بعوضي، ولهذا يصح رجوعها قبل قبوله، ويبطل بقيامه قبله، وكوّن الخيار للفسخ بعد الانعقاد ممنوعاً، بل هو مانع من الانعقاد في حق الحكم، وكوّن شرطاً ليمين الزوج لا يمنع أن يكون معاوضةً في نفسه، كما إذا قال: إن بعث هذا فبعدي حرّ؛ فإن البيع شرط لعقد العبد، وهو في نفسه معاوضة.

(ونلحق بها) أي: بالمختلعة (صريح الطلاق) في العدة. وقال الشافعي: لا يلحق.

قيّد بصريح الطلاق؛ لأن البائن لا يلحقها عندنا أيضاً، إلا أن يكون معلماً بالشرط قبل البيونة.

وفي «المصنف»: الطلاق الذي يلحق البائن لا يكون رجعيًا، وهذا بناءً على أن الخلع فسخٌ عنده، فلم يبق محلاً للطلاق، كما لو فسخ النكاح بسبب عدم الكفاءة أو بخيار البلوغ والعقد، وطلاقٌ عندنا، فيلحقه الصريح.

(ولو طلقها على مال، فقبلت) قيد بقبولها؛ لأن العوض لا يجب بلا قبولها. (لزمها وبانت)؛ لأن الزوج يملك العوض، فوجب

أن تملك هي بضعها تحقيقاً للمساواة.

فإن قلت: إذا قال: طلقتك على ألف؛ فهو محتملٌ لمعنيين: إن أريد به ألفٌ تقبل هي أداؤه؛ يكون خلغاً، وإن أريد به ألفٌ تؤديه هي؛ يكون تعليقاً لا خلغاً، فما الدليل على كونه خلغاً؟

قلنا: ذكره في مقام المعاوضة دليل.

(وإن بطل العوض فيه) أي: في الطلاق على مالٍ، كما إذا طلق المسلم امرأته المدخول بها على خميرٍ أو خنزيرٍ؛ وقع الطلاق

لوجود الشرط، وهو قبولها (كان رجعيًا، أو في الخلع) أي: إن بطل العوض فيما إذا قال: خالعتك على كذا (كان بائناً)؛ لأن العوض لَمَّا بطل في صورتين؛ عمل الصريح عمله، والبائن كذلك. (ولا شيء له) أي: للزوج على المرأة؛ لأن ملك البضع غير متقومٍ حالة

¹ مصنف ابن أبي شيبة، 37/10؛ سنن الدارقطني، 83/5؛ السنن الكبرى للبيهقي، 316/7.

² صحيح البخاري، الطلاق 11؛ سنن ابن ماجه، الطلاق 22؛ سنن النسائي، الطلاق 34. وانظر للفظ كاملاً إلى سنن الدارقطني، 376/4-377.

³ د: الكراهية.

الخروج، ولهذا قالوا: لو خالغ الأب ابنته الصغيرة بمالها يقع الطلاق على الأصح، ولا يلزم المال، بخلاف ما لو كاتب عبده على خمير، حيث تجب قيمة العبد؛ لأن ملك المولى متقوم، ولم يرض بزواله مجاناً.

(ويجوز الخُلغ بما يمهر به) أي: بما يكون مهرًا في النكاح؛ لأن ما يصلح عوضًا عن المتقوم. وهو تملك البضع. أولى أن يصلح عما لا يتقوم، وهو زواله، وكذا يجوز الخُلغ بما لا يمهر به كالأقل من العشرة.

(فإن قالت): خالغني (على ما في يدي، وهي صفر) أي: يدها خالية، فخالعها؛ (فلا شيء له)؛ لأنها لم تسم مالا حتى يصير مغرورًا به.

(أو من مال) أي: لو قالت: خالغني على ما في يدي من مال؛ (ردت المهر) أي: ردت مهرها عليه؛ لأنها لما سمّت مالا لم يكن الزوج راضيًا بزوال ملكه إلا بعوض، وذلك لا يصلح أن يكون مهر المثل؛ لأن البضع غير متقوم¹ عند الخروج، فتعين إيجاب ما أخذته منه دفعًا لضرر الغرور.

(أو من درهم) أي: إن قالت: خالغني على ما في يدي من درهم؛ (لزمها ثلاثة)؛ لأنها أقل الجمع، كما لو أقر أو أوصى بدرامه، وكذا لو قال: من الدرهم، ولما كان ما في يدي مبهمًا لا يعرف من أي جنس هو؛ تعين أن يكون «من» للبيان لا للتبويض، كقوله تعالى: ﴿فاجتنبوا الرجس من الأوثان﴾ [الحج، 30/22].

(أو طلقني ثلاثًا بألف، فطلقها واحدة، فثلثها) أي: فقد لزم ثلث الألف؛ لأن الباء تصحب² الأعراض، والعوض ينقسم على المعوض، فلما طلبت ثلاثًا بألف؛ صارت طالبة كل طلاق بثلث ألف.

أقول: لو قال: لزم ثلثها؛ لكان أبين، ولم يحتج إلى تقدير شيئين، وهما الفعل الماضي مع قد؛ لأن الجزاء إذا كان ماضيًا لا يصدّر بالفاء بدون قد.

(أو على ألف) أي: إن قالت: طلقني ثلاثًا على ألف، (فوجد) أي: طلقها واحدة. (فالطلاق رجعي) عند أبي حنيفة (بغير شيء) أي: لا يلزمها المال. (وقالا: بائن بثلثها) أي: تبين منه، وعليها ثلث الألف؛ لأن «على» تصحب³ الأعراض ك«الباء»، ويقال: بعثك هذا على ألف، فينقسم الألف هنا كما في البيع؛ إذ أجزاء العوض ينقسم على أجزاء المعوض.

وله: إن على للشرط، قال تعالى: ﴿بِئَايَاتِنَا عَلَىٰ أَنْ لَا يُشْرِكَنَ بِاللَّهِ﴾ [الممتحنة، 12/60] أي: بشرط ألا يشركن بالله، فمتى لم يتعدر الشرط لا يحمل على المعاوضة، والطلاق قابل للتعليق، فيجعل على فيه للشرط، بخلاف البيع، فإنه غير قابل للتعليق، فجعل على فيه مجازًا عن الباء؛ لاتصال بينهما.

فإن قيل: كيف يجعل تطبيق ثلاث شرطًا للألف، وكلمة «علي» دخلت على المال لا على الطلاق؟ قلنا: مطلوبها الطلاق بتبعية اتصال المال به، فلما كان المال غير قابل للتعليق؛ جعل دخول علي عليه كدخوله على الطلاق لاتصال بينهما.

(أو طلقني) أي: لو قال لامرأته: طلقي (نفسك ثلاثًا بألف، أو عليها) أي: أو قال: على ألف، (فوجدت) أي: طلقت نفسها واحدة؛ (لم يقع شيء)؛ لأنه لم يرض بالبينونة إلا ليسلم⁴ له جميع الألف، فلو وقعت واحدة بثلث الألف؛ لكان ضررًا له، بخلاف المسألة الأولى، وهي قولها: طلقني على ألف، حيث يلزمها ثلث الألف عندهما؛ لأنها لما رضيت بالبينونة بألف؛ فلأن تكون راضيًا بثلث الألف أولى.

(أو طلقني) أي: لو قالت: طلقني (واحدة بألف، فثلث) بتشديد اللام، أي: طلقها ثلاثًا، ولم يذكر الألف؛ (فهن واقعات) أي: تقع الطلقات عند أبي حنيفة (بغير شيء)؛ لأنها سألت واحدة، فخالف ما سألته بإيقاع الثلاث، فما ذكره لا يصلح أن يكون جوابًا لها؛ لأن الجواب ما يكون موافقًا للسؤال، فكانت مبتدأ بالطلاق، فلا تجب الألف. (وألزمها الثلث) أي: قال: عليها ثلث الألف بإزاء الواحدة؛ لأنه أجاب سؤالها⁵ بإيقاع الواحدة وابتداء بزيادة الباقي.

¹ د: متقومة.

² ح: يصحب.

³ ح: يصحب.

⁴ د: لتسلم.

⁵ ح: بسؤالها.

اعلم أنّ قوله: «وأزماها الثلث» مخالفٌ¹ لما ذكر في «المصنفى» و«الكافي» و«الجامع الصغير» لقاضي خان من أنّها إذا قالت: طلقني واحدةً بآلفٍ، فطلقها ثلاثاً، ولم يذكر الألف؛ يقع الثلاث بغير شيءٍ عنده، وعندهما تقع واحدةً بآلفٍ، وثنان بغير شيءٍ، فلو قال: وأزماها واحدةً بآلفٍ؛ لكان أحسن وأوفق.

(ولو أجابها) أي: الزوج امرأته في هذه المسألة السابقة. (بأنتِ طالقٌ ثلاثاً بآلفٍ، أو عليها) أي: أو قال: على ألفٍ؛ (فهو) أي: وقوع الثلاث مع لزوم المال (يتوقف² على قبولها) عند أبي حنيفة، فما لم تقبل لا تقع؛ لأنه جعل كلامه ابتداءً إيقاع لا جواباً عنها، فإذا قبلت تقع³ الثلاث بآلفٍ. وقالوا: إن لم تقبل طلق واحدةً فقط، وعليها ألفٌ؛ لأن كلامه جعل جواباً في حق الواحدة، وإن قبلت طلق ثلاثاً؛ واحدةً بآلفٍ، واثنتان بغير شيءٍ؛ لأنه مبتدئٌ فيهما.

وفي «الجامع الكبير» لقاضي خان: إنما يشترط القبول للآخرين، وإن لم يقابلهما مالٌ بصيغة المقابلة، كمن قال لامرأته وهي صغيرة: أنت طالقٌ بآلفٍ؛ يتوقف على قبولها وإن لم يلزمها مالٌ. والفرق بين هذه المسألة والمسألة السابقة: أنّ الألف في كلامه لم يذكر فيما سبق، وذكر في هذه المسألة. حكى أنّ محمداً رجح إلى قول أبي حنيفة، وعن أبي يوسف: إنّها إن لم تقبل؛ فهي واحدةً بثلاث الألف، وإن قبلت؛ طلق ثلاثاً بآلفٍ. قال الشيخ أبو الحسن: هذا هو الصحيح؛ لأن الزوج جعل الألف بإزاء الثلاث، فإن لم تقبل؛ وقعت واحدةً بثلاث الألف، وإن قبلت وقع الثلاث بها.

(أو أنت طالقٌ) أي: إذا قال لامرأته: أنت طالقٌ (وعليك ألفٌ؛ فهي طالقٌ) عند أبي حنيفة، قبلت أو لم تقبل (بغير شيءٍ) أي: لا يلزمها شيءٌ. (وأوقفاه على قبولها) إن قبلت يقع ويلزمها المال، وإلا؛ فلا؛ لأن «على» للمعاوضة، والعطف غير مانع عنه، كما إذا قال: اعمل هذا العمل ولك درهمٌ، أو بع هذا ولك ألفٌ. وله: إنّ الواو للعطف، والأصل في الجمل الاستقلال، فيقع بالجملة الأولى طلاقٌ، ولا يلزم مالٌ بالثانية، بخلاف البيع والإجارة؛ لأنهما لا ينفكان عن المال.

(أو على عبدي) أي: لو قال لها: أنت طالقٌ على عبدي (هذا، فقبلت؛ وأوقفناه من غير لزوم قيمة) وقال زفر: يلزمها قيمة العبد؛ لأنه سمى مالاً، وقبلت، وعجزت عن تسليمه، فلزمها قيمته كما لو سمى عبد الغير. ولنا: إنّ وجوب القيمة مبني على صحة التسمية، وهنا لم تصح⁴ التسمية؛ لأن المسمى في يد مالكه، وتسليمها إليه غير متصورٍ، بخلاف عبد الغير؛ لأن تسليمه ممكنٌ عند إجازته.

(ولو اختلعت وهي مريضة على مالٍ؛ اعتبرناه من الثلث) وقال زفر: يعتبر بدل الخلع من جميع المال؛ لأن البضع متقومٌ عند الدخول في الملك، ولهذا لو تزوج المريض امرأةً بمهر مثلها؛ يكون من جميع المال، فكذا عند الخروج. ولنا: إنّ تبعضاً؛ لأن البضع غير متقومٍ حال الخروج، ثمّ المسمى إنّما يعتبر عندنا إذا ماتت بعد انقضاء العدة، وإن ماتت فيها؛ فللزوج الأقل منه ومن الميراث إن كان يخرج من الثلث، وإن لم يخرج؛ فلها الأقل من ميراثها ومن الثلث.

(والمباراة) بالهمزة، وتركها خطأً، وهي أن يقول لامرأته: برئت من نكاحك بكذا، وتقبله هي، (والخلع يسقط بهما حقوق النكاح) عند أبي حنيفة (من الجانبين) أي: لا يبقى لأحدهما على الآخر دعوى في المهر.

اعلم أنّ الخلع على قوله على أربعة أوجهٍ: إمّا أن لا يستيا شيئاً، أو سميا المهر، أو بعضه، أو مالاً آخر، وكلٌ وجهٍ على وجهين: إمّا أن يكون المهر مقبوضاً أو غيره، وكلٌ وجهٍ على وجهين: إمّا أن يكون قبل الدخول أو بعده.

فإن لم يسميا شيئاً؛ برئ كلٌ منهما عن الآخر مقبوضاً كان أو غيره، قبل الدخول أو بعده.

وإنّ سميا المهر؛ ففي المدخول بها إن كان مقبوضاً رجع عليها، وإن لم يكن مقبوضاً سقط. وكذا في غير المدخول بها يرجع عليها نصّفه بالشرط، ونصّفه بالطلاق قبل الدخول.

1 ح: مخالفة.

2 د: متوقف.

3 ح: يقع.

4 ح: يصح.

5 د: فإن.

وإن سَمِّيَ بعضَ المهر بأن خالعتها على عُشرِ مهرها والمهرُ أَلْفٌ مثلاً، ففي المدخول بها والمهرُ مقبوضٌ؛ رجع عليها بمائةِ درهمٍ بالشرط، وسلم الباقي لها. وإن لم يكن مقبوضاً؛ سقط كلُّ المهر عنه: مائةٌ بالشرط والباقي بالخلع. ففي غير المدخول بها؛ يرجعُ عليها بستمائة: مائةٌ منها بدلُ الخُلع، وخمسمائةٌ بالطلاق قبل الدخول قياساً، وفي الاستحسان يرجع عليها بخمسين درهماً؛ لأن ذلك نصفُ عشر مهرها، وبرئت عن الباقي بالخلع. وإن لم يكن المهر مقبوضاً؛ سقط كلُّه.

وإن سَمِّيَ مَالاً آخر، والمهرُ مقبوضٌ؛ فله المسمّى لا غير. وإن لم يكن مقبوضاً؛ فله المسمّى، وسقط عنه المهرُ بحكم الخلع. وإن كان قبل الدخول، وكان المهرُ مقبوضاً؛ فله المسمّى، ويسلمُ لها ما قبضتُ، وإن لم يكن مقبوضاً؛ فله المسمّى بالشرط، وسقط عنه المهرُ بحكم الخلع.

قَيَّدَ بحقوق التَّكاح؛ لأن سائرَ الحقوق مما لا يتعلَّقُ به كالقرض وغيره لا يسقطُ.

(وأسقط بهما) أي: محمدٌ بالمبارأة والخلع (ما سميها، ويوافق الأول) أي: أبو يوسف أبا حنيفة رحمه الله (في الأول) أي: في المبارأة، (والثاني في الثاني) أي: وافق محمداً في الخلع؛ لأن المبارأة تقتضي¹ البراءة من الجانبين مطلقاً، لكن مرادهما بدلالة الحال البراءة عن حقوق التَّكاح، وأما الخُلع؛ فيقتضي البيونة فقط، فيزول نفس التَّكاح لا سائر أحكامه. ولمحمد: إنَّ هذا عقدٌ معاوضةٌ، فوجب الاقتضاء على البدل المشروط كسائر المعاوضات، ولهذا لم تسقط² نفقة العدة، والنفقة مع كونها أضعف من المهر إذا لم يسقط؛ فالمهر أولى.

ولأبي حنيفة: إنَّ الخُلع صلحٌ وضع لقطع المنازعة، وإذا إنَّما يتحقَّق إذا لم يبق لأحدهما حقٌّ متعلِّقٌ بالتَّكاح على الآخر. وأما نفقة العدة، فإن شُرطت في الخُلع والمبارأة تسقطُ، وإلا فلا، وأما نفقة الولد وهي مؤنة الرضاع؛ فلا يقع البراءة عنها إن لم يشترط³، وإن شُرطت: إن وقت ذلك وقت كسنة ونحوها جاز، وإن لم يوقَّت؛ لم يجز، ولم يقع البراءة عنها. كذا في «الكفاية».

(فصل في الظهار)

(إذا ظاهر من امرأته، بأن شَبَّهها أو عضوًا منها يعبرُ به عنها) أي: يعبرُ بالعضو عن ذات المرأة، كالرأس والوجه ونحوهما، (أو جزءاً) أي: أو شَبَّه جزءاً (شائعاً) كصنفها وثلاثها (بعضو) أي: بعضو امرأة، وهو متعلِّقٌ بشبهه؛ (يحرمُ عليه) أي: على الزوج (النظرُ إليه) أي: إلى ذلك العضو، الجملة صفة عضو. (ممن) من هذه للبيان، أي: العضو المشبَّه به يكون من امرأةٍ (يحرمُ عليه نكاحها مؤبداً) كأمه وبنته وأخته ونحوه.

زاد في «النهاية» قيدا آخر ناقلاً من شرح الطحاوي، وهو لفظ «اتفاقاً»؛ ليخرج أمُّ المزني بها وبنتها؛ لأنه لو شَبَّهها بهما لا يكون مظاهراً.

وفي «شرح المختار»: يكون مظاهراً عند أبي يوسف خلافاً لمحمد، هذا بناءً على أنَّ القاضي إذا قضى بجواز نكاحها ينفذُ عنده خلافاً لأبي يوسف.

وفي «المحيط»: لو قَتَلَ امرأةً أو لمسها بشهوة، ثُمَّ شَبَّه امرأته ببنتها؛ لا يكون مظاهراً عند أبي حنيفة، ولا يشبه هذا وطءها؛ لأن حرمة منصوصٌ عليها، وحرمة الدواعي غيرُ منصوصٍ عليها.

(فقد حرم عليه وطئها) أي: وطء امرأته (بدواعيه) كالقبلة والمعانقة، (إلى أن يكفر) عن ظهاره، وهذه الحرمة لا ترتفع⁴ بسبب إلا بالكفارة، حتى لو ارتدَّت زوجته، ولحقت بدار الحرب، ثُمَّ سُبَّت، واشتراها زوجها، أو طلقها ثلاثاً، ثُمَّ تزوجها بعد التَّحليل؛ لا يحلُّ لها وطئها بلا تكفير؛ لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَا﴾ [المجادلة، 3/58] الآية، روي أنَّ خولة امرأة أوس⁵ رآها زوجها وهي تصلي، وكانت حسنة الجسم، فلما سلَّمت راودها، فأبَّت، فغضب، فظاهر منها، فأنت رسول الله، فقال صلى الله عليه وسلم لها: «حرمتِ عليه»، فهتفت، فقالت: إنَّ لي صبيةً صغاراً إن ضممتهم إليه ضاعوا، وإن ضممتهم إليَّ جاعوا، وشكث إلى الله تعالى، وقالت: اللهم أنزل على لسان نبيك، فيغشى رسول الله صلى الله عليه وسلم الوحي،

¹ ح: يقتضي.

² ح: يسقط.

³ د: بشرط.

⁴ ح: يرتفع.

⁵ ح: أويس.

فنزلت فيها: ﴿قَدْ سَمِعَ اللَّهُ قَوْلَ الَّتِي تُجَادِلُكَ فِي زَوْجِهَا﴾ [المجادلة، 3/58] إلى آخر الآية¹، وفي قوله تعالى: ﴿مَنْ نَسَاهُمْ﴾ [المجادلة، 2/58] إشارة إلى أن الأمة لاظهار منها.

(فإن أقدم قبله) أي: على الجماع قبل التكفير؛ (استغفر الله) ولا شيء عليه غير الكفارة؛ لما روي أنه صلى الله عليه وسلم قال لرجلٍ واقع امرأته وقد ظاهر منها: «استغفر الله، ولا تعد حتى تكفر»²، ولو كان عليه شيء آخر؛ لبيته صلى الله عليه وسلم؛ لثبوت الحاجة إلى البيان.

(ولا نعتبره) أي: الظهار (من ذمّي) وقال الشافعي: يعتبر ظهاره، ويلزمه التكفير بالمال؛ لأنه يملك طلاقها، فيملك ظهارها. ولنا: إن الكفارة عبادة، ولهذا احتيج فيها إلى النية، والذمي ليس أهلاً لها.

(ونفسر العود الموجب للكفارة) وهو العود المذكور في قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا﴾ [المجادلة، 2/58] (بالعزم) أي: عزم المظاهر (على وطنها، لا بالإمساك) أي: قال الشافعي: عوده أن يمسكها، حتى لو طلقها عقيب الظهار بلا فصل؛ لا كفارة عليه؛ لأن موجب هذا التشبيه أن لا يمسكها نكاحاً، فإذا أمسكها؛ فقد نقض ظهارها، يقال: عاد له أي: نقضه.

ولنا: إن موجب الظهار وهو الامتناع عن الوطء، ونقضه هو العزم عليه، فمعنى قوله تعالى: ﴿ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا﴾ [المجادلة، 2/58]: يعودون لتحليل ما حرّموا على حذف المضاف.

(وإن قال) لامرأته: أنت عليّ (مثل أمي) فهذا كناية يسأل فيها عن نيته، (فإن نوى الكرامة) أي: إن قال: أردت أنها مكرمة عندي كأمي؛ (صديق)؛ لأنه محتمل كلامه. (أو الظهار) أي: إن قال: أردت الظهار؛ (كان ظهاراً)؛ لأنه لو شبهها بظهر الأم كان ظهاراً، فإذا شبهها بكلمة كان أولى. (أو الطلاق) أي: إن قال: أردت الطلاق؛ (فباناً) أي: فقد كان طلاقاً باناً؛ لأنه شبهها بالأم في الحرمة، فصار كأنه قال: أنت عليّ حرام، ونوى الطلاق. (وإن لم ينو؛ فليس بشيء)؛ لأنه يحتمل وجوهاً، فلا مرجح لبعضها. (وجعله) أي: محمداً هذا التشبيه الخالي عن النية (ظهاراً) لوجود التشبيه بالأم فيه صريحاً.

(أو أنت) أي: إن قال: أنت (حرام كظهر أمي بنية الطلاق أو الإيلاء؛ فهو ظهار) عند أبي حنيفة. (وقالا: ما نوى) أي: ما نواه من الطلاق والإيلاء فهو معتبر.

قيّد بنية أحدهما؛ لأنه لو نوى الظهار أو لم ينو شيئاً؛ فهو ظهاراً اتفاقاً.

لهما: إن قوله: أنت عليّ حرام يحتمل الطلاق والإيلاء، وقوله: كظهر أمي توكيد لتلك الحرمة، ولا يتغيّر به كلامه، فيعتبر ما نواه، كما لو قال: أنت عليّ حرام كأمي.

وله: إن قوله: كظهر أمي محكم في الظهار؛ لأنه صريح فيه، فيحمل المحتمل على المحكم، فلا يعتبر فيه غيره كما لم يعتبر في صريح الطلاق، بخلاف قوله: كأمي؛ لأنه ليس بصريح في الظهار.

(أو أنثى) أي: لو قال لنسائه: أنثى (عليّ كظهر أمي؛ كان مظاهراً منهنّ، وأوجبوها) أي: الكفارة (بعددهن) وقال مالك: تجب كفارة واحدة؛ لأنه ظاهر منهنّ بكلمة واحدة، كما لو قال: والله أقربكنّ.

ولنا: إن الكفارة في الظهار لإنهاء الحرمة، وهي تثبت في كل واحدة منهنّ، فيتعدّد الكفارة بتعدّددها، بخلاف الإيلاء؛ لأن الكفارة فيه³ لهتك حرمة اسم الله، وهو ذكر مرّة.

(ولو ظاهر، ثم ارتدا، وأسلما معاً، أو هو) أي: لو ارتد الزوج، (ثم أسلم، وجدّد نكاحه؛ فهو باق) عند أبي حنيفة. وقال:

بطل ظهاره؛ لأن الكافر ليس من أهل الظهار، وهو بالردة صار كافراً، فكما لا ينعقد الظهار بلا أهليته لا يبقى بعد فوات أهليته.

وله: إن الأهلية إنما يُعتبر عند انعقاد السبب ليتقرّر موجباً، وعند أداء الكفارة ليصحّ الأداء، لا فيما بينهما، ولهذا لو جنّ بعدما ظاهر، ثم أفاق؛ بقي ظهاره.

¹ الطبقات الكبرى لابن سعد، 379/8؛ السنن الكبرى للبيهقي، 384/7.

² سنن أبي داود، الطلاق 16-17؛ سنن ابن ماجه، الطلاق 26؛ سنن النسائي، الطلاق 33 بمعناه. وأخرج في المبسوط للسرخسي 85/3 كذا لك. وقال الزيلعي في نصب الراية بعد سرد طرق الحديث 247/3: «ولم أجد ذكر الاستغفار في شيء من طرق الحديث، وهو في الموطأ من قول مالك».

³ د - فيه.

(ويكفر) المظاهر (يعتق رقيةً سليمةً) عن العيب (كاملة الرق قبل المسيس) أي: الجماع؛ لقوله تعالى: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسًا﴾ [المجادلة، 3/58]. أمّا وصفُ السلامة وكمال الرق؛ فمستفادٌ من إطلاق الرقية؛ لأن المطلق منصرفٌ إلى الكامل، ويستفادُ منه جوازُ عتق الصغيرة والكبيرة، والذكر والأنثى.

(ونجيز الكافر والمكاتب الذي لم يؤد شيئاً) أي: جاز إعتاقهما للكفارة عندنا. وقال الشافعي: لا يجوز. قيّد بقوله: «لم يؤد»؛ لأنه لو أدى شيئاً من بدل كتابته لا يجوز عندنا أيضاً في الرواية المشهورة؛ لأنه تحريرٌ بعوضٍ. له¹ في المسألة الأولى: إنَّ الكفارة حقُّ الله، فلا يجوز صرفُها إلى عدوّه، ولهذا لم يجز المرتدُّ. ولنا: إطلاقُ قوله تعالى: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ [المجادلة، 3/58]. وأما عدمُ جواز المرتد؛ فلأنه مستحقُّ القتل، حتى لو كانت مرتدَّةً جاز، والمصروفُ إلى الكفارة مالهته دون اعتقاده، وكونه عدواً لله لا يمنع التقرب إلى الله، ولهذا لو نذر بالعتق خرج من عهده باعتق الكافر.

وله في المسألة الثانية: إنَّ المكاتب مستحقُّ الحرية بجهة²، فلا يجوز إعتاقه للكفارة كالمدير وأم الولد. ولنا: إنَّ الرق في المكاتب قائمٌ من كلِّ وجهٍ، ولهذا كان قابلاً للفسخ، ونقصانُ الملك فيه يداً لا يُوجب نقصاناً في رقبته كالمأذون في التجارة.

(ولا يجوز المُدبّر وأمُّ الولد)؛ لأنَّهما حُرَّان من وجهٍ، ولهذا لا يجوز عودهما إلى الرق. (ولا مقطوعُ اليدين) لفوات منفعة البطش عنه، (وابهاميهما) لفوات قوة البطش عنه، (أو الرجلين) لفوات منفعة المشي عنه، وفائتُ جنس المنفعة كالهالك ذاتاً، ولهذا أوجب الشارعُ كمالَ دية النفس عند فوات جنس المنفعة.

(ولا المجنون المطبق) أي: لا يجوز إعتاقُ المستغرق بالجنون للكفارة؛ لأن الانتفاع بالأعضاء إنَّما يكون بالعقل، (ولا الأعمى) ولو اختلَّ المنفعة ولم تفت³، كمن قطع إحدى يديه أو رجله، أو كان أعور، أو جنَّ مرَّةً وأفاق أخرى؛ جاز عتقه كالمعتوه. (ويجوز الأصمُّ)؛ لأن أصلَ المنفعة قائمٌ، ولهذا إذا صحح عليه يسمع، وأما الأخرس؛ فلا يجوز؛ لفوات جنس المنفعة. (وأجزنا الخصي، والمجبوب، ومقطوع الأذنين) وقال زفر: لا يجوز إعتاقهم؛ لأنَّهم هالكون من وجهٍ؛ لفوات منفعة الإيلاء والجمال.

ولنا: إنَّ هاتين المنفعتين زائدتان، ولا يصيرُ الذات بفواتهما كالهالك، كما لا يصيرُ بفوات اللحية والحاجب. (ولو اشترى أباه) أو ابنه (ينوي الكفارة) بشرائه؛ (نجيزه) وقال الشافعي: لا يجوز. قيّد بالشراء؛ لأنه لو دخل في ملكه بلا صنعه كالميراث، ونوى به الكفارة؛ لا يجوز إتِّفاقاً. له: إنَّ النية اقترنت بشرط العتق، وهو الشراء، لا بالعلَّة، وهو الإعتاق، فلا يعتبرُ، كما لو قال لعبد الغير: إن اشتريتك فأنت حُرٌّ، ثمَّ اشتراه ينوي الكفارة؛ لا يجوز.

ولنا: إنَّ شراءَ القريب بوجب ملكه، وملكه بوجب عتقه، فيكون الشراءُ علَّةً للملك مع العتق؛ لأنَّهما حدثا به، وكان المشتري معتقاً، كمن رمى إنساناً عمداً، فأصابه، فمات؛ فجعل الرامي قاتلاً؛ لأن الرمي أدى إلى نفوذه، وهو أدى إلى الموت، والشراء فيما استشهد به شرطٌ محضٌ لا تأثير له في إيجاب الحرية، ولهذا لم يُفدِ اقترانُ النية به، حتى لو نوى الكفارة حين قال: إن اشتريتك فأنت حُرٌّ؛ أجزأه لاقترانُ النية بالعلَّة.

(ولو أعتق موسراً نصفَ عبدٍ مشتركٍ) بينه وبين آخرٍ للكفارة، (وضمن الباقي) أي: قيمة النصف الآخر لشريكه، (فأعتقه) أي: الموسرُ النصف الباقي عن الكفارة؛ (فهو غيرُ مجزئ) عند أبي حنيفة. وقالوا: يجزيه. قيّد بالموسر؛ إذ لو كان معسراً لا يجوز إتِّفاقاً.

¹ د: وله.

² د: بجهته.

³ د: يفت.

لهما: إنَّ الإعتاقَ لا يتجزأ، فبإعتاق الموسر نصيبه عتق كلُّه، فلزمه ضمانُ نصيب شريكه، فكان¹ معتقاً كلَّ العبد عن الكفارة بلا عوضٍ، بخلاف ما لو كان معسراً؛ لأنَّ السعاية تكون² واجبةً على العبد في نصيب شريكه، فكان إعتاقاً بعوضٍ.

وله: إنَّ الإعتاقَ متجزئٌ، فتمكَّن نقصانٌ في النصف الآخر، وبالضمان ملكه ناقصاً، فلا يجزيه عن الكفارة. **(أو نصف عبده)** أي: لو كان كلُّ العبد له، فأعتق نصفه عن الكفارة، **(ثم الباقي؛ فهو جائزٌ)** عند أبي حنيفة **(إن لم يتخلل**

بينهما) أي: بين الإعتاقين **(وقاعٌ)** قيَّد به؛ لأنَّ الإعتاقَ متجزئٌ عنده، فلو وقع بينهما وقاعٌ؛ لم يوجد العتق قبل المسيس. اعلم أنَّ القياسَ كان يقتضي أن لا يجوز إعتاق النصف الآخر عن الكفارة عند أبي حنيفة؛ لتمكُّن النقصان فيه بإعتاق النصف الأول، لكنَّه جوَّز استحساناً؛ لأنَّ هذا النقصان حصل في ملكه من آثار العتق الأول للكفارة، وهذا غيرُ مانعٍ، كمن أضجع شاةً للتضحية، فأصاب السكين عينها، فذهبت؛ جاز تضحيتها، بخلاف العبد المشترك؛ لأنَّ النصف الآخر ليس في ملكه، فكان ذلك تقيصاً لا إعتاقاً.

(وأجزاه مطلقاً) أي: تخلل بينهما وقاعٌ أو لا؛ لأنَّ الإعتاقَ غيرُ متجزئٍ عندهما، فإعتاق النصف إعتاقٌ للكلِّ، فكان إعتاق الرقة قبل المسيس.

(فإن لم يجدْ) أي: المظاهر رقةً للإعتاق **(صام شهرين متتابعين)** أي: بلا إفتارٍ يوم **(قبل المسيس)** أي: بلا جماعٍ في خلالهما؛ لقوله تعالى: ﴿فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَا﴾ [المجادلة، 4/58]، فلو صام شهرين، فقدر على الإعتاق في اليوم الأخير قبل غروب الشمس؛ وجب عليه الإعتاق، وصار صومه تطوعاً. ثُمَّ إن صام شهرين بالأهله أجزاءه وإن كانا ناقصين، وإلا فلا يجزيه إلا ستون يوماً. كذا في «المحيط».

(ليس فيهما رمضان)؛ إذ لو كان أحدهما رمضان لم يوجد تتابع شهرين؛ لأنَّ صوماً آخر غير مشروع فيه. **(ولا الأيام الخمسة)** وهي يوماً العيد وأيام التشريق؛ لأنَّ الصومَ منهى فيها.

(فإن قريبا) أي: المظاهر امرأته التي ظاهر منها **(في خلالهما)** أي: في أثناء الشهرين **(ليلاً عامداً أو نهاراً)** أراد به: اليوم؛ ليدخل فيه ما بين طلوع الفجر إلى الشمس، **(ناسياً؛ استأنف)** عند أبي حنيفة ومحمد. **(ولا يأمره به)** أي: أبو يوسف المظاهر بالاستئناف.

قيَّد بقوله: «في خلالهما»؛ لأنه لو جامعها في خلال الإطعام لا يستأنف اتفاقاً؛ لأنَّ النصَّ في الإطعام مطلقٌ.

وقيَّد الليل بالعمد والنهار بالنسيان؛ لأنه لو وطئ ليلاً ناسياً لا يستأنف اتفاقاً، ولو وطئ نهاراً عامداً استأنف اتفاقاً.

له: إنَّ الوطء المذكور لا يفسد الصومَ، فلا يمنع التتابع.

ولهما: إنَّ تقديمهما على الوطء شرطٌ بالنصِّ، فلا بُدَّ من إخلالهما عن الوطء.

(وإن أفطر فيهما) أي: في الشهرين **(مطلقاً)** أي: بعدد كان أو بغيره؛ **(استقبل)** أي: استأنف الصومَ؛ لأنَّ الشرطَ . وهو التتابع

. انعدم بالفطر.

(ولا يجزئ للبعد³) المظاهر من امرأته إذا وجب عليه التكفير **(إلا الصوم)**؛ لأنه ليس بمالكٍ للمال.

(فإن لم يستطع) المظاهر الصومَ **(أطعم ستين مسكيناً كالفطرة)** يعني: قدرُ الطعام يكون كقدره في صدقة الفطر، وهو نصف

صاعٍ من بَرٍّ، أو صاعٌ من تمرٍ؛ لأنَّ حاجةَ الفقير تندفعُ به، **(أو قيمة ذلك)** أي: أو⁴ يدفع قيمةَ الطعام كما جاز في صدقة الفطر.

(وإن غداهم وعشاهم) أي: إن أطعمهم مرةً في الغداة ومرةً في العشي **(جاز)؛** لأنَّ النصَّ ورد في الكفارة بالإطعام، وهو في

الحقيقة التمكينُ من المطعوم، ولا بُدَّ من الشَّبَع في كلِّ مرةٍ، ومن الإدام في خبز الشعير والذرة؛ ليمتكنَّ الشبع، والمعتبرُ فيه الشَّبَع لا المقدار، حتى لو لم يبلغ ما يشبعهم قدرُ طعام صدقة الفطر يجوزُ، ولو كان بعضهم شعبان قبل الأكل، قيل: يجوز لوجود الإطعام. وقيل: لا يجوز؛ لانعدام الإشباع.

1 ح: وكان.

2 ح: يكون.

3 د: العبد.

4 ح - أو.

إنَّما جمع بين التَّعدية والتعشبية؛ لأنه لو غَدَى ستين مسكينًا وعَشَى ستين غيرهم؛ لم يجزه إلا أن يعيدَ على أحد الستين غداءً أو عشاءً. كذا في «المحيط».

وفي «الكافي»: ما ورد في النصِّ بلفظ الإطعام؛ فالإباحة فيه كافية، ككفارة الظهر والإفطار في رمضان واليمين وجزاء الصيد والفدية، وما ورد فيه بلفظ الإيتاء أو الأداء؛ فيشترطُ فيه التملك، كالزكاة والصدقة والفترة¹ والعشر والحلق عن الأذى في الإحرام. (وإن أطعم واحدًا ستين يومًا جاز)؛ لأن المسكينَ الواحدَ في اليوم الثاني صار كمسكينٍ آخر؛ لتجدُّد حاجته، وكذا في سائر الأيام.

(أو أباحه الكل) أي: لو أباح المسكين الواحد كلَّ الطعام (في يوم) بدفعةٍ أو دفعاتٍ² (أجزأ عن يومه)؛ لأن إطعامَ ستين لم يوجد فيه حقيقةً ولا حكمًا. (أو فرق التملك فيه)³ أي: لو ملك كلَّ الطعام مسكينًا واحدًا في يومٍ واحدٍ بدفعت، (قيل بالجواز)؛ لأن حاجة الأكل زالت عن المسكين بالمرَّة الأولى، لكن بقيت له حوائج كثيرة، وبالتملك يندفع تلك الحوائج، بخلاف ما لو أعطاه بدفعةٍ واحدةٍ حيث لا يجوز؛ لأن تفريق الفعل واجبٌ عليه بالنصِّ. (وعدمه) أي: قال بعضٌ: لا يجوز؛ لأن الغرضَ سدَّ الخلة، وبعدها انسدت لا يمكن سدها. وفي «المحيط»: هذا هو الصحيح.

(ولو قربها فيه)⁴ أي: امرأته التي ظاهر منها⁵ في الإطعام؛ (لم يستأنف)؛ لأن النصَّ لم يشترطُ في الإطعام أن يكون قبل المسيس.

(وأوجبوا تقديمه) أي: تقديم الإطعام على المسيس. وقال مالك: لا يجب؛ لِمَا تقدم من أن النصَّ مطلقٌ في الإطعام. ولنا: قوله صلى الله عليه وسلم للذي مسَّ امرأته قبل الإطعام: «استغفر الله، ولا تعدَّ حتى تكفَّر»⁶. (وإن أعتق رقتين عن كفارتين) للظاهرين، (أو ضاعف عدد الأيام أو المساكين)⁷ أي: صام أربعة أشهر، وأطعم مائة وعشرين مسكينًا؛ (جاز عنهما) أي: عن⁸ الكفارتين (من غير تعيين) إحدى الرقتين لإحدى الكفارتين؛ لأن الجنسَ متَّحدٌ. (أو واحدة) أي: إن⁹ أعتق ربةً واحدةً، أو صام شهرين، أو أطعم ستين مسكينًا (عنهما) أي: عن¹⁰ الكفارتين (يخير¹¹ فيه) أي: في تعيينه عن إحداهما؛ لأن التعيينَ لغوٌّ في متَّحد الجنس، فبقي مطلقُ النية، فله أن يعينها لأيهما شاء.

(فصل في اللعان)

(إذا قذف امرأته بالزنا وهما) أي: الزوج والزوجة (من أهل الشهادة) بأن يكونا حرين مسلمين عاقلين بالغين غير محدودين في قذف، وما ذكر في «الغاية»: يبطلُ هذا بلعان الأعمى، فإنَّه ليس من أهل الأداء؛ فغلط؛ لأن الأعمى أهلٌ للشهادة، إلا أنَّها لا تقبل؛ لأنه لا يميِّز بين المشهود له والمشهود عليه، ولهذا ينعقدُ التكاخ بحضوره. (وهي ممن يحدُّ قاذفها) بأن تكون عفيفةً مصونةً مما قذفها به. (فإن قيل: لم اعتبر هذا القيدُ في جانبها، وكونه ممن يحدُّ قاذفه معتبرٌ في جانبها أيضًا، حتى لو كان ممن لا يحدُّ قاذفه فلا لعانَ بينهما؟)

¹ د - والفترة.

² ح - أو دفعات.

³ د - فيه.

⁴ د - فيه.

⁵ د + فيه.

⁶ سبقت من قبل.

⁷ د: والمساكين.

⁸ ح: منهما أي: من.

⁹ ح - إن.

¹⁰ ح: منهما أي: من.

¹¹ د: تخير.

قلنا: لأن اللعان في حقه قائم مقام حد القذف بالنسبة إليها، حتى لا تقبل شهادته عليها، وتقبل على غيرها، فلا بُدَّ من إحصانها حتى يقع قذفه موجباً للحد، ويقع اللعان خلفاً عنه، والزواج إذا كان ممن لا يحدُّ قاذفه، فقذف امرأته وهي محصنة؛ لم يكن موجباً للعان، لكنّه موجبٌ لما هو أصل اللعان، وهو حدُّ القذف. كذا في «النهاية».

وذكر في «التبيين»: هذا خطأ فاحش؛ لأن من شرط اللعان أن يكونا من أهل الشهادة، وكونه ممن لا يحدُّ قاذفه لا يخلُّ بهذا الشرط؛ لأن من لا يحدُّ قاذفه يكون زائياً، وزناه فسقٌ منه، والفاسق أهلٌ لها، ولهذا يجري اللعان بين الفاسقين¹.

وإنما خصص بهذا القيد؛ لأن من شرط اللعان أن تطالب² المرأة بموجب القذف، وهو الحدُّ، وإذا لم تكن عفيفة؛ ليس لها أن يطالب به، فلا يتصور اللعان، والشهادتُ قامت مقام حدِّ القذف في جانبها، ومقام حدِّ الزنا في جانبها بالنسبة إليه، حتى لا يحدُّ بقذفها، فيحدُّ الغير بقذفها، ولذلك³ لو قذفها مراراً يكفي لعاناً واحداً كالحدِّ، بخلاف ما لو قذف نساءه بكلمة أو كلماتٍ حيث يلاعن كل واحدٍ منهن؛ لأن المقصود من اللعان التفريق، وهو إنَّما يحصل إذا لاعن بكلٍ منهن، والمقصود في القذف دفع العار من المقذوفين، وهو إنَّما يحصل بحدِّ واحدٍ.

(وطالبته بموجبه) أي: بموجب القذف. قيد به؛ لأنه حقه دفعاً للعار، فلا بُدَّ من طلبها.

(لاعن) وهو جواب «إذا».

(وتجعله) أي: اللعان (شهادتٌ مؤكدةٌ بالإيمان، لا بالعكس) يعني: عند الشافعي: اللعانُ إيمانٌ مؤكدةٌ بالشهادت، فيلاعنُ

الذميُّ والعبدُ والمحدودُ في قذفٍ؛ لكونهم من أهل اليمين.

له: قوله صلى الله عليه وسلم في حقِّ الملائنة حين أتت بالولد من الزنا: «لولا أيمانٌ سبقت لكان لي ولها شأنٌ عظيمٌ»⁴ أي:

لأمرتها بالرجم، ولأنَّ الفاسق والأعمى من أهل اللعان اتِّفاقاً، ولا شهادة لهما.

ولنا: قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَزْمُونَ أَرْوَاجَهُمْ وَالْمَ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ﴾ [النور، 24/6]، استثنى أنفسهم من الشهداء،

فثبت أنَّهم شهداء؛ إذ الأصل أن يكون المستثنى من جنس المستثنى منه، وقوله صلى الله عليه وسلم: «لولا أيمانٌ» لا يمنع كونه شهادةً مقرونةً بها، والفاسق والأعمى أهلٌ للشهادة، ولهذا ينعقد النكاحُ بهما عندنا، وعدمُ قبول شهادتهما في أكثر المواضع لتهمة الفاسق وعدمُ تمييز الأعمى، وهذه الشهادة مشروعةٌ في موضع التهمة، ولذلك تجري بين الأعمى وامرأته العمياء، والأعمى يفصلُ بين نفسه وامرأته.

(فإن امتنع) الزوج من اللعان (حُبس حتى يلاعن، أو يُكذب نفسه، فيحدُّ)؛ لأنه بتكذيب نفسه سقط اللعان، فوجب الحدُّ

الذي هو الموجبُ الأصليُّ للقذف.

وفي «النهاية»: هذا إذا لم يطلِّقها بعد القذف، فإن طلقها، ثمَّ أكذب نفسه؛ لا حدَّ عليه أيضاً؛ لأن قذفه كان موجباً للعان،

فلما فات لثبوت البينة بينهما؛ فلا يجب الحدُّ؛ لأن القذف الواحد لا يوجب الحدين، وأمَّا إذا أكذب نفسه بعد اللعان؛ فإنَّما حدُّ بسبب أنه نسبها في كلمات اللعان إلى الزنا.

(فإذا لاعن وجب عليها) اللعان بالنص، (فإن امتنع حُبست لتلاعن، أو تصدِّقَه) أي: المرأة زوجها، (فيسقط) اللعان، وما

وقع في بعض نسخ القدروري: أو تصدِّقه فتحد؛ فغلط؛ لأن الحدَّ لا يجب بالإقرار مرَّةً، فكيف يجب بالتصديق مرَّةً؟ وهو لا يجب بالتصديق أربع مرَّات؛ لأن التصديق ليس بإقرارٍ قصداً، فلا يعتبر في حقِّ وجوب الحد، ويعتبر في درئه، فيندفع به اللعان.

(ولا نحدُّ) أي: لا يجب الحدُّ على المرأة عندنا؛ لأن التصديق ليس بإقرارٍ قصداً، فيندريُّ به الحدُّ، ولا يجب. وقال الشافعيُّ:

يجب؛ لأن الزوج أوجب عليها الحدَّ بلعانه، ولكن كانت متمكِّنةً من دفعه باللعان، فإذا أبث عنه تحدُّ حدِّ الزنا.

عجبا من الشافعيِّ إنَّ زوج امرأةٍ إذا شهد عليها بالزنا وثلاثة عدولٍ معه⁵ لم يقبلْ شهادةَ الزوج عليها، ولم يوجب الحدَّ، وقيل

في اللعان قوله وحده.

¹ د: فاسقين.

² ح: يطالب.

³ ح: وكذلك.

⁴ صحيح البخاري، التفسير 241؛ سنن أبي داود، الطلاق 26-27؛ سنن النسائي، الطلاق 38.

⁵ د: معها.

وأعجب منه: أنَّ اللعانَ يمينٌ عنده، فجعله شهادةً في حقِّ الزوج، وهو لا يصلح لإيجاب المال، ولا لإسقاطه بعد الوجوب، فأسقطت المرأةُ به الحدَّ هنا عن نفسها، وكذا الزوجُ أسقطَ به الحدَّ عن نفسه، وأوجب الرجَمَ الذي هو أغلظُ الحدودِ به على المرأةِ. فإن قيل¹: إنما وجب الحدُّ عليها بنكولها عن اللعان²، لا بقوله.

قلنا: النكولُ عنده لا يوجب المالَ، مع أنَّه مما يثبت بالشبهة، فكيف يوجب الرجَمَ الساقطَ بها؟

(فإن لم يكن) الزوجُ (من أهل الشهادة حدًّا) يعني: إذا كانت هي من أهل اللعان بأن كانت صالحةً للشهادة عليه، وهو لا يصلحُ بأن كان كافراً أو محدوداً في قذفٍ؛ وجب عليه الحدُّ؛ لأنَّ اللعانَ أثبتَه الشرعُ خلقاً عن الحدِّ، فلما تعدَّر اللعانُ لمعنىً من جهته صيرَ إلى الأصل، وهو الحدُّ، ولا³ يتصورُ أن يكون الزوجُ كافراً وهي مسلمةٌ، إلا إذا كانا كافرين، فأسلمت، ثمَّ قذفها قبل عرض الإسلام عليه.

(وإن كانت ممن لا يحدُّ قاذفها وهو) أي: والحالُ أن الزوجَ (أهلٌ) لللعان؛ (فلا حد) على الزوج، (ولا لعان)؛ لأنَّ المانع من جهتها، فصار كما إذا صدقته، ولكنَّه يعزَّرُ لإلحاقه الشين بها.

وفي «التبيين»: لو كانا محدودين في قذفٍ أو هو عبداً أو هي محدودةٌ في قذفٍ؛ حدُّ الزوج؛ لأنَّ امتناعَ اللعان لمعنىً من جهته، بخلاف ما إذا كانا كافرين أو مملوكين حيث لا حدَّ عليه وإن امتنع من جهته؛ لأنَّ قذفه الأمة أو الكافرة لا يوجب الحدَّ، وقذفُ المحدودة يوجبُه إذا كانت عفيفةً من الزنا.

(ولو شهد عليها) أي: الزوجُ على امرأته (بالزنا مع ثلاثة) رجالٍ عدولٍ؛ (نقبلها) أي: شهادتهم. وقال الشافعي: لا تقبلُ، فيلاعن الزوجُ، ويحدُّ الثلاثة حدَّ القذف؛ لأنَّ الزوجَ يلحقه العارُ والغَيْظُ من فاحشةِ امرأته، فيكون متَّهماً في شهادته، فلا تقبلُ.

ولنا: إنَّ الزوجَ لا يظهر الفاحشةَ في زوجته غالباً، بل يسترها.

(ويبتدئ الزوج) في اللعان؛ لأنه هو المُدَّعي، أو؛ لأنَّ النبيَّ صلى الله عليه وسلم بدأ به فيه، (فيقول أربع مراتٍ: أشهدُ بالله إني لمن الصادقين فيما رميتُك به من الزنا، وفي الخامسة) أي: يقول في المرة الخامسة: (لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين فيما رميتُك به).

اعلم أنَّ المذكورَ في «الهداية» وغيره: فيما رميتها به، وهو ظاهرُ الرواية، والخطابُ هو روايةُ الحسن عن أبي حنيفة نظراً إلى أنَّه أقطعُ للاحتمال.

ووجهُ الظاهر: إنَّ ضميرَ الغائب إذا اتصل به الإشارة؛ ينقطع الاحتمالُ أيضاً.

و«شرح المصنف» موافقٌ لما في «الهداية»، لكنِّي صادفت في خمس نسخ المجمع: فيما رميتُك به.

(من الزنا مشيراً إليها) أي: إلى المرأة في قوله: رميتها. (وتقول هي أربعاً) أي: المرأة أربع مراتٍ: (أشهدُ بالله: إنه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا، وفي الخامسة: غضب الله عليها إن كان من الصادقين فيما رماها) أي: رماني (به من الزنا) وإنَّما خصَّت المرأةَ بالغضب؛ لأنَّ النساءَ يستعملن اللعنَ كثيراً، فلا يقع المبالأة وتخافُ من الغضب.

(ولم توقع الفرقة بلعانه) أي: بعد فراغه من كلمات اللعان، حتى لو مات أحدهما قبل التفريق توارثا. وقال الشافعي: وقعت الفرقة قبل لعانها؛ لأنَّ الظاهرَ أنَّهما لا يأتلفان بعد لعانه، فينفسخُ التَّكاحُ كالارتداد.

(ولا فرَّقنا بالتعانهما، فيتوقَّف) الفرقة (على تفريق الحاكم) أي: يجب على القاضي تفريقهما. وقال زفر: تقع الفرقة بالتعانهما؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «المتلاعنان لا يجتمعان أبداً»⁴، فيقع الفرقة من غير تفريق.

ولنا: ما روي أنَّ النبيَّ صلى الله عليه وسلم فرَّق بين هلال وامراته بعد اللعان⁵، ولو وقعت⁶ الفرقة بالتعانهما؛ لَمَا فرَّق بينهما، وما رواه محمودٌ على بيان حرمة الاستمتاع لا وقوع الفرقة توفيقاً بينهما، فتثبت⁷ الحرمةُ بينهما في الحال مع بقاء التَّكاح.

¹ د: قال.

² د - عن اللعان.

³ ح: فلا.

⁴ سنن أبي داود، الطلاق، 26-27 بمعناه؛ السنن الكبرى للبيهقي، 409/7.

⁵ صحيح البخاري، الطلاق، 33؛ صحيح مسلم، اللعان، 8؛ سنن أبي داود، الطلاق، 26-27.

⁶ د: ولو وقعت.

⁷ ح: فثبت.

فإن قيل: كيف أورد المصنفُ توفُّفَ التفريق على الحاكم بصيغة الوفاق مع أنه غير مستقيم على قول أبي يوسف؛ لأن حرمة اللعان عنده مؤبَّدة كحرمة الرضاع والمصاهرة، فلا يتوفَّف على الحاكم مثلها؟

قلنا: المذهب عند علمائنا: أن التَّكَاخ لا يرتفع بحرمة الرضاع والمصاهرة، بل يفسد، حتى لو وطئها قبل التفريق لا حدَّ عليه، اشبهه الأثر عليه أو لم يشته، وبه نص محمد في الأصل، فكذا في اللعان، فيستقيم على قول أبي يوسف أيضاً. كذا في «التبيين».

(ويكون¹) التَّفْرِيقُ (طَلْقَةٌ² بَائِنَةٌ) كما في العنِّين.

(وإذا أكذب نفسه) بعد اللعان وحُدَّ، (أو حُدَّ لَقْدَفٍ) أي: لَقْدَفُه محصنة³ غيرها، (أو هي لزناً) أي: أو حدَّت لزنائها، وزال أهليُّه اللعان عنها؛ (جاز نكاحها) هذا الكلام يحتمل معنيين:

أحدهما: إنَّ إكذاب نفسه إن قدر أنه قبل التفريق؛ فمعنى: «جاز نكاحها»: ارتفع حرمة اللعان، وحلَّت لزوجها بلا تجديد نكاحها، ولا يفرَّق بينهما، وإن قدر أنه وجد بعد التفريق؛ فمعناه: جاز نكاحها بتجديده.

فإن قلت: كيف يتصوَّر تزوُّجها بعدما زنت وحُدَّت وهي محصنة، وحُدُّها الرجم؟

قلت: يحتمل أن يلاعنها قبل الدخول بها، أو كانت كافرةً، فأسلمت، وصارت محصنةً، ولو يقربها بعدما صارت محصنةً حتى قذفها، فإنه يلاعن، ولا ترجم إذا زنت لعدم شرطه، وهو الدخول عليها وهما على صفة الإحصان.

اعلم أن قول المصنف: «أو هي» وقع اتفاقاً؛ لأن زناها من غير حدِّ يسقط به إحصانها، فلا حاجة إلى ذكره، وأمَّا إذا قذفت؛ فلم يسقط⁴ الأهلية عنها حتى تحدَّ.

(ويؤيد تحريمها) أي: قال أبو يوسف: هي حرامٌ عليه أبداً؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «المتلاعنان لا يجتمعان أبداً»⁵.

ولهما: إنَّ هذا الكلام إنَّما يثبت للمتلاعنين، وبعد إكذابه نفسه لم يبق متلاعناً حقيقةً؛ لأن الحدَّ يلزم عليه بالرجوع، ومن ضرورة إقامة الحدِّ بطلانُ اللعان؛ لأن الأصل والخلف لا يجتمعان.

(ولا يُعتبر قذف الأخرس) فلا لعانَ به ولا حدَّ؛ لأنه ليس كالصريح؛ بل فيه شبهة، وكلُّ منهما يندرى بما فيه شبهة، وكذا لو قذف الأجنبي الخرساء لا يجب الحدُّ عليه؛ لجواز أن تصدِّقه لو كانت تنطق، ولا تقدر على إظهار هذا التصديق بإشارتها، وإقامة⁶ الحد مع الشبهة لا يجوز. كذا في «الكفاية».

(وإن كان القذف بولد) أي: بنفي نسبه؛ (نفي القاضي نسبه) بعد لعانها، أي: يقول: قطع نسب هذا الولد عنه بعدما قال: فرقت بينكما. كذا روي عن أبي يوسف رحمه الله. وفي «المبسوط»: هذا هو الصحيح؛ لأنه ليس من ضرورة التفريق نفي النسب، كما بعد موت الولد يفرَّق بينهما باللعان، ولا ينتفي نسبه عنه. كذا في «النهاية».

(وألحقه بأمه) لما روي أنَّ النبي صلى الله عليه وسلم نفي نسب ولد هلال بن أمية عنه بعدما قذف امرأته بنفي الولد ولاعن⁷. صورة هذا اللعان أن يقول الزوج: أشهد بالله إنني لمن الصادقين فيما رميتها به من نفي الولد، وتقول المرأة: أشهد بالله إنه لمن الكاذبين فيما رماني به من نفي الولد. ولو قذفها بالزنا ونفى الولد؛ ذكرهما جميعاً في اللعان.

وفي «التبيين»: شرطُ اللعان بنفي الولد أن يكون العلوق في حال أهليتهما للعان، حتى لو علقته وهي أمة أو كافرة، ثمَّ اعتقت أو أسلمت، وقذفها بنفي الولد؛ لا يلاعن؛ لأن نسبه كان ثابتاً على وجه لا يمكن قطعه، فلا يتغيَّر بعده.

(ونافي الحمل) بأن قال لامرأته: ليس حملك مني (لا يلاعن) عند أبي حنيفة. (وقالا: إذا أتت به لأقل من ستة أشهر لاعن) لتيقُّننا بوجود الحمل، فصار كنفه بعد الولادة.

وله: إنَّ في هذا القذف شبهة التعليق؛ إذ لا يعرف حكمه إلا بعاقبته، ولو كان علَّقه حقيقةً بأن قال: إن كان في بطنك ولدٌ فهو من الزنا؛ لا يكون قذفاً، فكذا شبهته.

1 د: فتكون.

2 د: تطليقة.

3 ح: محصناً.

4 ح: يسقط.

5 سنن أبي داود، الطلاق 26-27 بمعناه؛ السنن الكبرى للبيهقي، 409/7.

6 د: فإقامة.

7 صحيح البخاري، الطلاق 33؛ صحيح مسلم، اللعان 8؛ سنن أبي داود، الطلاق 26-27.

(ولا نوجهه) أي: اللعان في نفي الحمل (للحال) وقال الشافعي: يجب؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم نفى الولد من هلال¹، وقد كان قدفها حاملاً.

ولنا: إن الأحكام لا يترتب عليه قبل الولادة للاحتمال، والحديثُ محمولٌ على أنه عَرَفَ قيامَ الحبلِ حيًّا، أو على² أن هلالاً صرَّحَ بزنا امرأته.

(وإن قال: زنيته) خطاباً لامرأته، (وهذا الحملُ منه) أي: من الزنا؛ (تلاعنا) لوجود القذف صريحاً، (ونثبته) أي: نسب الحمل منه، ولا ينفيه القاضي عنه عندنا؛ لِمَا مرَّ أن الحمل قبل الولادة محتملٌ. وقال الشافعي: ينفيه؛ لِمَا مرَّ أنه صلى الله عليه وسلم نفى الولد عن هلال.

(وإذا نفى الولد عقيب الولادة، أو حال قبول التهنته، أو ابتياع آلة الولادة؛ صحَّ) نفية؛ لأن هاتين الحالتين كحال الولادة عرفاً.

وفي «النهاية»: إذا هُنِّيَ بولدٍ منكوحته، فسكت؛ يكون قبولاً، وإذا هُنِّيَ بولد الأمة؛ لا يكون قبولاً؛ لأن نسب ولدها إنَّما يثبت بالدعوة، والسكوت ليس بدعوة.

(ولا عن) وينفي القاضي نسبه منه، (أو بعده) أي: إذا نفاه بعدما ذكر من الأوقات (لا عن، وثبت نسبه، والتقدير) أي: تقدير مدَّة النفي بعد العلم (بيوم، أو سبعة) أيام (روايتان) عن أبي حنيفة. (وقالوا: مدَّة النفاس)؛ لأنَّها كحال الولادة؛ لكونها أثرًا لها.

وله: إنَّ أثر الولادة يمتدُّ إلى سبعة: لِمَا روي أنه صلى الله عليه وسلم عقَّ عن الحسن والحسين في اليوم السابع³. هذا إذا كان الزوج حاضراً، وإن كان غائباً؛ فمتى بلغه الخبر، فعنده هو كوقت الولادة، وعندهما إن بلغه الخبر في مدة النفاس؛ فكذلك، وإن بلغه بعده؛ فعند أبي يوسف: له أن ينفيه إلى سنتين؛ لأنَّهما مدَّة الرضاع، وهو أثر الولادة، وعند محمد: له ذلك إلى أربعين يوماً اعتباراً بمدَّة النفاس.

(وإذا أتت بولدين في بطن، فاعترف بالثاني) ونفى الأول؛ (تبتا) أي: الأول والثاني؛ يعني: نسبهما، (وخذ الزوج؛ لأنه لَمَّا أقرَّ بالثاني؛ أكذب نفسه في نفي الأول، فكأنه قال: أنت زانية، ثمَّ قال: أنت عفيفة. (أو بالأول) أي: لو اعترف بالولد الأول، ونفى الثاني؛ (تبتا)؛ لأنَّهما توأمان خلقتا من ماءٍ واحدٍ، وكان اعترافه بأحدهما اعترافاً بالآخر، فجعل كأنه أقرَّ بولدٍ ثمَّ نفاه، فلا يصحُّ نفيه بعد الإقرار. (ولا عن) إنَّما لم يجب الحد؛ لأنه لم يوجد الرجوع بعد القذف، فإنَّه أقرَّ بالعفة أولاً، ثمَّ قدفها بالنفي من بعد⁴.

(ولو ماتت بنته المنفية عن ولد) يعني: إذا نفى نسب بنته، وتلاعنا، فماتت البنت، وتركت ولداً، (فادعاه) أي: الأب النافي أنه ولد بنته؛ (فنسبه غير ثابت منه) عند أبي حنيفة. وقالوا: يثبت.

قيد بموتها؛ لأنَّها إذا كانت حية؛ يثبت نسبها بدعوة ولدها اتفاقاً. وقيد بالبنت؛ لأن الولد المنفي لو كان ذكراً، فمات، وترك ولداً؛ ثبت نسبه من المدعي، وورث الأب منه اتفاقاً؛ لحاجة الولد الثاني إلى ثبوت النسب، فبقاؤه كبقاء الأول.

وقيد بقوله: «عن ولد»؛ إذ لو ماتت لا عن ولد، ثمَّ ادَّعى نسبها؛ لا يثبت، فلا يرث منها؛ لأنَّها استغنت بالموت عن النسب، فيضرب حدَّ القذف.

وقيد بدعوته الولد؛ لأنه لو ادَّعى البنت المنفية حال حياتها؛ يثبت نسبها اتفاقاً. لهما: إنَّ دعوته البنت المنفية كانت صحيحةً، فكذا يصحُّ دعوه ولدها، كما لو كان الولد المنفي ذكراً.

¹ المرجع السابق.

² ح + على.

³ المعجم الأوسط للطبراني، 12/7

⁴ د - من بعد.

وله: إنَّ الأنسابَ إلى الآباء، ونسبُ ولد البنت ثابتٌ من أبيه، فاستغنى عن أن يثبتَ من أمِّه وجده أب أمه، بخلاف دعوة المنفية؛ لأنَّها محتاجةٌ إلى النسب من اللاعن، وبخلاف ما لو كان الولدُ المنفي ذكراً؛ لأنَّ الولدَ الثاني ينسبُ إليه؛ لأنه أبوه، فيحتاج¹ إلى إثبات² نسبه كالأول، فاشتركا في صحة الدعوة.

(فصلٌ) في العدة

وهي تُرَبِّصُ يلزم³ المرأة عند زوال النكاح المتأكِّد أو شبهته.

(تعتدُّ الحرَّةُ الحائضُ المدخولُ بها عن الطلاق أو الفسخ ثلاثة⁴ قروء) لقوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾ [البقرة، 228/2].

(ونؤولها) أي: القروء المذكورة في الآية، وهي جمعُ قروء بفتح القاف (بالحيض) بكسر الحاء وفتح الياء، جمعُ حيضة.

وإنما قال: «ونؤولها»، ولم يقل: ونفسئها؛ لأنَّ القرءَ لفظٌ مشتركٌ بين الحيض والطمهر، والمؤولُ من يرجح من المشترك أحد معانيه بغالب الرأي.

(لا بالأطهار) أي: قال الشافعيُّ: هي مؤولةٌ بالأطهار؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «إنَّ من السنَّة أن يطلقها في كلِّ قروء تطليقة⁵» أي: في كلِّ طهرٍ.

ولنا: قوله صلى الله عليه وسلم: «طلاقُ الأمة ثنتان، وعدَّتُها حيضتان»⁶، ولا خلاف أنَّ عدةَ الأمة نصفُ عدةِ الحرَّة، ولَمَّا لم تتجرَّ الحيضة؛ جعلتُ عدَّتُها حيضتين، ولأنَّ القرءَ يُنبئ⁷ عن الجمع لغَةً، يقال: ما قرأتُ الناقَةَ جنيئاً في رحمها، فحملها على الحيض أوَّلِي؛ لأنَّ فيه جمعُ دمٍ.

(وإن طلقتُ في الحيض؛ لم يُعتدَّ⁸) على صيغة المجهول، أي: لم يُعتبرَ (بتلك الحيضة) التي وقع فيها الطلاق؛ لأنَّ ما وُجدَ منها قبل الطلاق لا يُحسبُ من العدة، فلا يُحسبُ ما بقي؛ لأنَّ الحيضة لا تتجرَّ⁹.

(والصغيرة) وهي معطوفةٌ على الحرَّة، (والأيسة) وهي ما لم تحضْ في مدَّة خمس وخمسين سنَّة، وهي روايةٌ عن أبي حنيفة، وعن محمدٍ: في مدَّة ستين، والفتوى على الأوَّل.

وفي «الفتاوى الصغرى»: لو بلغت، فرأت يوماً دمًا، ثمَّ انقطع الدمُ حتى مضت سنَّة، فطلقها؛ فعدَّتُها بالأشهر. أمَّا إذا رآته ثلاثة أيامٍ، ثمَّ انقطع سنَّة أو أكثر؛ فعدَّتُها لا تنقضي بالأشهر ما لم تبلغ حدَّ الإياس.

وفي «الحقائق»: يُشترطُ للحكم بالإياس في هذه المدَّة أن ينقطع الدمُ عنها مدَّةً طويلةً، وهي سنَّة أشهرٍ في الأصح، ثم هل يشترطُ أن يكون انقطاع الدم ستة أشهرٍ بعد مدَّة الإياس؟ الأصحُّ: أنه ليس بشرطٍ، حتى لو كان منقطعاً قبل مدة الإياس، ثم رآته¹⁰ بعدها؛ يحكم بإياسها، وتعتدُّ بثلاثة أشهرٍ. هذه دقيقةٌ تحفظُ.

(بثلاثة أشهر) لقوله تعالى: ﴿وَاللَّائِي يَكْسَنُ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ﴾ [الطلاق، 4/65].

(وأمرها ممتدة الطهر) وهي ممن تحيضُ ويمتدُّ طهرُها بأن تعتدَّ (بالأقراء، لا بثلاثة أشهرٍ بعد تسعة) أي: قال مالكٌ: ترتبُ

بعد الطلاق تسعة أشهرٍ، ثمَّ تعتدُّ بعدها بثلاثة أشهرٍ؛ لأنَّ تسعة أشهرٍ. وهي المدَّة¹¹ المعتدَّة لظهور الحمل. إذا انقضت؛ تحققت براءة الرحم، ثمَّ تعتدُّ بثلاثة أشهرٍ؛ لصيرورتها في معنى من لا تحيضُ.

¹ د: ففتحاج.

² د: ثبات.

³ د: تلزم.

⁴ د: بثلاثة.

⁵ مسند الشاميين للطبراني، 3/354-355؛ سنن الدارقطني، 5/57؛ السنن الكبرى للبيهقي، 7/334، بمعناه.

⁶ سنن أبي داود، الطلاق 6؛ سنن الترمذي، الطلاق 7؛ سنن ابن ماجه، الطلاق 30؛ السنن الكبرى للبيهقي، 7/369.

⁷ د: تنبئ.

⁸ د: تعتد.

⁹ ح: يتجرأ.

¹⁰ د: رآه.

¹¹ ح: مدة.

ولنا: إنَّها حائِضٌ باستصحاب الحال، فلا تعتدُّ بالأشهر؛ لأن الاعتدادَ بها مختصٌّ بالصَّغِيرَةَ¹ والآيسة. (والأمة) أي: تعتدُّ الأمة إذا كانت ممن تحيض، وكذا المدبَّرة وأُمُّ الولد والمكاتبَةُ؛ لوجود الرِّقِّ في الكلِّ. (بحيضتين) لقوله صلى الله عليه وسلم: «عدَّةُ الأمة حيضتان»².

(وأَمروا الآيسةَ بشهرٍ ونصفٍ، لا بثلاثة) أي: قال مالكٌ: تعتدُّ الأمة الآيسةَ بثلاثة أشهرٍ؛ لإطلاق قوله تعالى: ﴿وَاللَّائِي يَكْسَنُ مِنَ الْمَحِيضِ﴾ [الطلاق، 4/65] الآية.

ولنا: إنَّ عدَّتَها نصفُ عدَّةِ الحرَّة؛ لِمَا روي عن عمر رضي الله عنه: لو استطعتُ لجعلتُ عدَّةَ الأمة حيضةً ونصفاً، إلا أنَّ الحيضةَ لا ينصَّفُ؛ لاختلافها قلَّةً وكثرةً، فينصَّفُ الأشهرُ.

(والحرَّةُ) أي: تعتدُّ الحرَّة (المتوفى عنها) زوجها (بأربعة أشهرٍ وعشرٍ) لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾ [البقرة، 234/2] أي: عشرة أيام. وعن الأوزاعي: إنَّ المقدَّرَ فيه عشرٌ ليالٍ؛ لأن حذفَ التاء من عشرة³ يدلُّ عليه، فيجوزُ لها أن تتزوَّجَ في اليوم العاشر.

ولنا: إنَّ الليالي يدخلُ فيها ما بازائها من الأيام؛ لقوله تعالى: ﴿ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ إِلَّا زَمْزًا﴾ [آل عمران، 41/3]، وقال تعالى: ﴿ثَلَاثَ لَيَالٍ سَوِيًّا﴾ [مريم، 10/19]، والقصة⁴ واحدة، فعبر⁵ عنها تارةً بالأيام وتارةً بالليالي.

(والأمة بالنِّصْف) أي: تعتدُّ الأمة المتوفى عنها زوجها بشهرين وخمسة أيام، وكذا المدبَّرة وأُمُّ الولد والمكاتبَةُ. (والحاملُ مطلقاً) أي: تعتدُّ الحاملُ، سواءً كانت حرَّةً أو أمةً، أو متوفى عنها زوجها أو مطلقَةً. (بالوضع) أي: بوضع حملها؛ لعموم قوله تعالى: ﴿وَأُولَاتِ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق، 4/65]، وهذه الآية ناسخة لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ﴾ [البقرة، 234/2] الآية في حقِّ الحامل، كذا روي عن ابن مسعود، فيبقى في الحامل على عمومها.

(والفاسدةُ النكاحِ) أي: تعتدُّ المنكوحَةُ نكاحًا فاسدًا كالمنكوحَةِ بغير شهودٍ، فإنَّه فاسدٌ اتِّفَاقًا بين علمائنا، وأمَّا نكاحُ المحارم مع العلم بأنَّها حرامٌ فاسدٌ عند أبي حنيفةٍ خلافاً لهما. كذا في «الكفاية».

(والموطوءةُ بشبهةٍ) وهي كالمنكوحَةِ فاسدًا حتى يجب به المهرُ (بالحيض) أي: بثلاث حيضٍ (في الفرقة والموت) أي: إذا فارقتُ عن زوجها أو مات؛ لأنَّ عدَّتَها لتعرُّفِ براءة الرَّحم، لا لقضاء حقِّ النكاح، وهي تعرفُ بالحيض. فإن قيل: فعلى هذا كان ينبغي أن يكتفى بحيضةٍ كاستبراء.

قلنا: ألحق الفاسدُ هنا بالصَّحيح في هذا الحكم، كما ألحق البيعُ الفاسدُ بالصَّحيح في إفادة الملك إذا قبض. (وإذا اعتدَّت الآيسةُ بالشَّهور، ثُمَّ رأت الدَّم) أي: على عاداتها الجارية. كذا فسَّره صاحبُ «الهداية». (استأنفتها) أي: فعليها أن تعتدُّ (بالحيض)؛ لأنَّ الاعتدادَ بالشَّهور حَلْفٌ عن الاعتداد بالحيض، وإنَّما يُصاَرُ إليه إذا استمرَّ العجزُ عن الأصل. وفي الإيضاح: هذا على الرواية التي لم يقدر حدَّ الإياس، وأمَّا إذا قُدِّرَ كخمس وخمسين سنةً، فبلغته، ثُمَّ رأت الدَّم؛ لم يكن حيضًا، ولا تستأنفُ العدَّة. هذا هو المختارُ.

وفي «جميع النوازل»: إذا تزوجت الآيسة بعد تمام اعتدادها بالأشهر، ثُمَّ رأت الدَّم؛ فالأصحُّ: أنَّ نكاحها جائزٌ، قضى القاضي بجوازه أو لم يقض، وتكون⁶ عدَّتَها في المستقبل بالحيض.

قيَّد بالآيسة؛ لأنَّ الصَّغِيرَةَ إذا حاضتْ بعد انقضاء عدَّتَها بالأشهر لا تستأنفُ؛ لأنه لم تبين أنَّها كانت من ذوات الأقراء، بخلاف ما إذا حاضتْ في أثناء عدَّتَها حيث تستأنفُ تحرُّراً عن الجمع بين الأصل والبدل.

(أو أيسَّت بعد حيضتين؛ فبالأشهر) لأنَّ الجمع بين الأصل والخلف غيرُ جائزٍ.

فإن قيل: قد جاء الجمعُ فيما إذا سبق للمتوضَّئ حدثٌ في صلاته، ولم يجد ماءً، يتيمَّمُ وبنى.

¹ ح: للصغيرة.

² سنن أبي داود، الطلاق 6؛ سنن الترمذي، الطلاق 7؛ سنن ابن ماجه، الطلاق 30؛ السنن الكبرى للبيهقي، 369/7.

³ د: عشر.

⁴ د: والقضية.

⁵ ح: فيعبر.

⁶ د: فتكون.

قلنا: الحَلْفِيُّ بين الماء والتراب وبين الطهارتين على اختلافهم لا بين الصلاتين.

(ولو أعتقت في العدة من) طلاقٍ (رجعيٍّ؛ أمرها بعدة الحرائر) أي: انتقلت عدتها إلى عدة الحرائر؛ لأن النكاح قائم من كل وجه، فلما عتقت زاد الملك عليها، فلا يمضي إلا بثلاث حيض كما لو أعتقت فطلقت. وقال مالك: لا تنتقل¹؛ لأن اللزوم عليها إتمام عدتها على وجه وجبت، فلا يتبدل بالعتق، كما لا يتبدل² عدة المتوتة والمتوفى عنها زوجها.

(وإن كانت) المعتقة في العدة (مبانة؛ لم نأمرها بعدة الحرائر) وقال الشافعي: تعتد³ كالحرّة؛ لأن حالها في العدة تغيرت، فيتغير عدتها كما لو كانت رجعيةً.

ولنا: إنها عتقت بعد زوال الحلّ، فلا تتغير⁴ عدتها، كما لو أعتقت بعد انقضاء العدة.

(وإذا أعتقت أمّ الولد، أو مات مولاها؛ نأمرها بثلاث حيضٍ، لا بواحدة) أي: قال الشافعي: تؤمّر بأن تعتدّ بحيضة واحدة؛ لأن هذه العدة وجبت لزوال ملك اليمين، فأشبه الاستبراء.

ولنا: إن أمّ الولد لها فراش أضعف من فراش المنكوحه، وهذه عدة وجبت لزواله، فصارت كعدة النكاح إلحاقاً للقاصر بالكامل احتياطاً.

هذا إذا لم تكن منكوحه أو معتدة، فإن كانت؛ لا تلزمها⁵ العدة بموت المولى، ولا بالعتق؛ لعدم ظهور فراش المولى معه.

(أو مات زوجها ومولاها، وجعل الترتيب) أي: لم يعرف أيهما مات أولاً، (وكمية ما بينهما) أي: لم يعرف مقدار ما بين الموتين من الأيام؛ (فعدتها عدة الوفاة) عند أبي حنيفة. (وقال: تجمع بين العدتين) أي: تعتدّ أربعة⁶ أشهر وعشرٍ، وتستكمل فيها ثلاث حيضٍ.

قيّد بجهالة الترتيب والكمية؛ لأن ما بين الموتين إن كان أقلّ من شهرين وخمسة أيام؛ تعتدّ أربعة أشهرٍ وعشرًا اتفاقاً؛ لأن المولى إن مات أولاً عتقت، ولم تلزمها⁷ عدته؛ لأنها منكوحه الغير، فإذا مات الزوج تعتدّ، ولا يلزمها العدة من موت مولاها؛ لأنها معتدة من نكاح، ولزمتها⁸ عدة الحرّة في حالٍ وعدة الأمة في حالٍ، فتعتدّ بالأكثر احتياطاً. وإن كان ما بين الموتين شهرين وخمسة أيام؛ تعتدّ أربعة أشهرٍ وعشرًا، وتستكمل فيها ثلاث حيضٍ اتفاقاً؛ لأن المولى إن مات أولاً؛ لم تلزمها⁹ عدته، وبعد موت الزوج تلزمها¹⁰ عدة الحرّة، ولو مات أولاً؛ تلزمها¹¹ عدة الأمة، وتلزمها¹² بموت المولى بعده أن تعتدّ ثلاث حيضٍ، فجمع بينهما احتياطاً.

لهما: إن العدة من المولى دارت بين الوجوب والسقوط، فتجب احتياطاً.

وله: إن الأمرين إذا وُجدا، ولم يعرف تاريخهما؛ يجعل كأنهما وردا معاً كالعرقى والحرقى، فإذا جعل موث المولى والزوج معاً؛ رُجح جانب عدم الوجوب، فلا تجب العدة احتياطاً؛ لأن الشيء لا يثبت بالشك، كما لو أُخبرت بموت زوجها والطلاق، ولم يُعلم تاريخهما؛ لا تجب العدة للطلاق.

(ولو مات صغير عن امرأته الحامل؛ يأمرها) أبو يوسف (بالشهور) أي: بأن تعتدّ أربعة أشهرٍ وعشرًا، (كما في الحادث بعده) أي: كما أن الحمل لو حدث بعد موت الزوج تعتدّ بأربعة أشهرٍ وعشرٍ اتفاقاً؛ لتيقننا أن الحمل ليس من الزوج في صورتين، وهذا تنبيه على تعليل أبي يوسف. (وهما بالوضع) أي: قالا: عدتها بوضع الحمل؛ لأن العدة شرعت لقضاء حق النكاح، لا لبراءة الرحم،

1 ح: ينتقل.

2 ح: يتبدل.

3 ح: يعتد.

4 ح: يتغير.

5 ح: يلزمها.

6 د: بأربعة.

7 ح: يلزمها.

8 ح: ولزمتها.

9 ح: يلزمها.

10 ح: يلزمها.

11 ح: يلزمها.

12 ح: ويلزمها.

وهذا المعنى متحقق في الصبي؛ لإطلاق قوله تعالى: ﴿وَأُولَاتِ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق، 4/65] من غير فصل بين أن يكون منه أو من غيره، بخلاف الحمل الحادث؛ لأنه لم يثبت وجوده وقت الموت، فوجب العدة بالأشهر، فلا تتغير¹ بحدوثه بعد ذلك. (ولا يثبت نسبه) أي: نسب الحمل من الصغير في الوجهين؛ لأنه يعتمد الماء، ولا ماء له.

وفي «التبيين»: على هذا الخلاف لو تزوج الكبير امرأة، فدخل بها، ثم طلقها، أو مات عنها زوجها، ثم جاءت بولدٍ لأقل من ستة أشهر أنه ليس بنابت النسب منه، وكان موجودًا وقت زوال النكاح بالموت.

(وإذا وطئت المعتدة) من طلاقٍ (بشبهه) بأن تزوجها رجلٌ وهو لا يعلم أنها معتدة الغير أو منكوحته، أو وجدها على فراشه، والنساء قلن: إنها زوجتك، (فوجب أخرى) أي: عدة أخرى؛ (نأمر بهما) أي: بالعدتين (على التداخل) فيكون ما تراه المرأة من الحيض محسوبًا منهما، حتى لو كان الوطء بشبهه بعد حيضة؛ حاضت حيزتين بعدها، وحيضة أخرى؛ لتكون ثالثة للعدة الثانية، ولو كانت معتدة الوفاة، فوطئت بشبهه؛ تعتد بالأشهر، ويحتسب ما تراه من الحيض فيها من العدة الثانية تحقيقًا للتداخل بقدر الإمكان.

قيده بقوله: «بشبهه»؛ لأنه لو وطئها بلا شبهه كما إذا تزوجها وهو يعلم أنها منكوحه الغير؛ لا تجب عدة أخرى، ولا يحرم على الزوج وطئها، وبه يفتى. كذا في «الذخيرة».

وفي «الحقائق»: إن كان طلاق الأول رجعيًا؛ كان له أن يراجعها في الحيزتين الأوليين، وليس له² أن يراجعها في الحيضة الثالثة؛ لأنها بانث منه، وليس له أن يتزوجها؛ لأنها معتدة الغير.

وعلى هذا الخلاف العدتان بالشهور.

(لا التعاقب) أي: قال الشافعي: لا يتداخل العدتان، فعليها عدة ثانية عقيب الأولى.

وفي «الذخيرة»: هذا إذا وطئها أجنبيًا بشبهه، أما إذا وطئها الزوج المطلق بشبهه؛ تداخلت العدتان اتِّفاقًا.

له: إن الاعتداد كفف عن الخروج والتزوج بآخر، فيكون عبادة، كالكف عن قضاء الشهوتين في الصوم، فلا يتأديان في زمانٍ واحدٍ كالصومين في يومٍ واحدٍ.

ولنا: إن الغرض من العدتين. وهو براءة الرجم. يحصل في مدة واحدة، ومعنى العبادة تابع، ولهذا تنقضي بدون علمها، وتجب على الكافرة وغير المكلفة.

(فإن انقضت الأولى) ولم تكمل الثانية؛ (أتمت الثانية) أقول: أورد هذه المسألة على وضع الوفاق مع أنه تفرغ لمذهبنا، ولو ذكره قبل قوله: لا التعاقب؛ لكان أولى.

(ونبتدى بعدة الطلاق والوفاة عقبيهما) يعني: تبتدئ المرأة عدة الطلاق عقبيه، وعدة الوفاة عقبيها؛ لأن كلاً منهما سبب، فيعتبر المسبب من حين وجود السبب.

وفي «المحيط»: لو أقر بالطلاق منذ سنة، فإن كذبته في الإسناد؛ فعدتها من وقت الإقرار، ويجب لها نفقة العدة، وأما في حق الزوج بأختها وأربع سواها؛ تعتد من وقت الطلاق، وإن صدقته؛ تعتد من وقت الطلاق. كذا ذكره محمد في الأصل. لكن هذا محمول على ما إذا كانا متفرقين من الوقت الذي أسند الطلاق إليه، أما إذا كان مجتمعين؛ فلا يصدقان في الإسناد، ومشايخ بلخ قالوا: تلزمها³ العدة في هذه الصورة أيضًا من وقت الإقرار عقوبة على كتمانها الطلاق، ولكن لا تجب لها نفقة العدة ومؤنة السكنى؛ لاعترافها بسقوط حقيها.

(وتنقضي) العدة (بمضي المدة) أي: مدة الطلاق والوفاة (وإن لم تعلم بهما) أي: بالطلاق والوفاة⁴.

(وأمرناها به) أي: بابتداء العدة (في النكاح الفاسد عقيب التفريق) أي: تفريق القاضي، وهذا ليس بطلاق، (أو العزم على ترك الوطء) وذلك بأن⁵ يقول: تركتك، أو خلّيت سبيلك، أو نحوهما، لا بمجرد الغرم. (لا من آخر الوطنات) أي: قال زفر: تعتبر

1 ح: يتغير.

2 د - له.

3 ح: يلزمها.

4 ح - أي: بالطلاق والوفاة.

5 ح: أن.

العدَّة من آخر الوطئات، حتى لو حاضت بعد الوطء قبل التفريق ثلاث حيضٍ انقضت العدَّة؛ لأن المؤرِّر في إيجابها هو الوطء، لا العقد.

ولنا: إنَّ في الفاسد شبهة النكاح، ولهذا لا يحدُّ بالوطء فيه، وإنَّما ترتفع هذه الشبهة بالتفريق أو التزك، فلا تعتدُّ قبله كما في النكاح الصحيح.

(وإذا أقرت بانقضائها) أي: أقرت معتدَّة من طلاقٍ بانقضاء عدَّتتها (بالحيض؛ فأقلُّ المدَّة) أي: المدَّة الصَّالحة له (شهران) عند أبي حنيفة. (وقالوا: تسعة وثلاثون يومًا) لاحتمال أن يقع الطلاق قبل أول حيضة، فتكون مدَّتُها ثلاثة أيام¹، وتطهر بعدها خمسة عشر، ثمَّ تحيض ثلاثة، وتطهر خمسة عشر، ثمَّ تحيض ثلاثة، فتكمل العدَّة.

وزاد خواهر زاده ثلاث ساعاتٍ للاغتسال، وقال: لأن زمانَ الاغتسال من الحيض. من «جامع المحبوبي».

له²: إنَّ رؤيتها هكذا نادرة، فلا يبنى³ عليه الحكم الشرعي، وإنَّما يبنى على الغالب، فيعتبر أكثر مدَّة الحيض وأقلُّ مدَّة الطهر ليعتدلا، فيكون ثلاث حيضٍ شهرًا، والطهر بينهما شهرًا.

ولو كانت المقرَّرة بالانقضاء أمة؛ تصدَّق عندهما في أحدٍ وعشرين يومًا: ستة أيام حيضتان، وخمسة عشر يومًا طهرًا، وعنده: تصدَّق في أربعين؛ لأنه يجعل كأنه طلقها في أول الطهر، فالطهران كلُّ منهما خمسة عشر يومًا، وحيضتان كلُّ منهما خمسة أيام.

(ولو علَّق طلاقها بالولادة) فولدت، وطلقت، ثمَّ أقرت بانقضاء عدَّتتها بالحيض؛ (فأقلُّها) أي: أقلُّ المدَّة الصَّالحة لتصدقها (خمسة وثمانون) يومًا عند أبي حنيفة؛ لأن نفاسها يقدرُ بخمسة وعشرين؛ إذ لو كان أقلَّ منه، ثمَّ كان بعده طهرًا خمسة عشر، ثمَّ الدمُّ بعده في الأربعين؛ كان كلُّه نفاسًا؛ لأن الطهر في الأربعين. وإن كثر. لا يفصلُ عنده، فيقدرُ الحيض في رواية الحسن عنه بخمسة؛ لأنه وسطٌ من أكثر المدَّة، فتكون خمسة وعشرون نفاسًا، وخمسة وأربعون ثلاثة أطهار، وخمسة عشر ثلاث حيضٍ. (والمائة رواية) عن أبي حنيفة؛ لأن الحيض مقدرٌ بعشرة، فزاد على المقدار الأول خمسة عشر، فكان⁴ مائة.

(فيصدَّقها⁵) أبو يوسف (في خمسة وستين) لأن أكثر الحيض عشرة، والنفاس أكثر منه عادة، فزيد عليه يوم، فصار أحد عشر، وطهرها خمسة عشر ثلاث مرات، يكون خمسة وأربعين، وحيضها ثلاث مراتٍ تسعة، فيكون المجموع خمسة وستين.

(لا في أربعة وخمسين) أي: عند محمد: لا تصدَّق في أقلَّ من هذه؛ لأن أقلَّ النفاس لم يقدرُ بشيءٍ، فيقدرُ ساعة، وطهرها خمسة وأربعون، وحيضها تسعة.

(وتترك الحرَّة والأمة في عدَّة الوفاة عن نكاح صحيح التطيب والزينة والكحل والذهن) لما صحَّ أنَّه صلى الله عليه وسلم نهى المعتدَّة عن الاكتحال والادِّهان والاختضاب بالحناء⁶. (إلا لعذر) مثل: أن يكون لها حكمة، فنلبس الحرير لأجلها، أو لا تجد ثوبًا غيره.

قيل: هذا إذا كان الثوب جديدًا، أمَّا لو كان خليفًا بحيث لا يقع به التزينة؛ فلا بأس به.

قيد النكاح بالصحيح احترازًا عن الفاسد؛ لأنه واجب الرِّوَال، فلا يتأسَّف على زواله، ولا حدادٌ عليها لأجله.

فإن قيل: كيف جاز التأسَّف على زوال نعمة النكاح، وقد قال الله تعالى: ﴿لِكَيْلَا تَأْسَوْا عَلَىٰ مَا فَاتَكُمْ وَلَا تَفْرَحُوا بِمَا آتَاكُمْ﴾

[الحديد، 23/57]؟

قلنا: المراد بالإساء والفرح: أن يكون بصياح. نقل ذلك عن ابن مسعود.

فإن قيل: لم تجب العدَّة على الأمة إذا اشتراها زوجها وقد زال نكاحها؟

قلنا: وجب الحدادُ عليها، لكن لم يظهر في حقِّ المولى؛ لحلِّ وطئها له بالبراءة، حتى لو اعتقها في هذه الحالة ظهرت العدَّة.

¹ د - أيام.

² د: وله.

³ د: يبنى.

⁴ ح: وكان.

⁵ د: ويصدقها.

⁶ لم نجد بهذا اللفظ، وقد روي معناه في أحاديث شتى، انظر: سنن أبي داود، الطلاق 44-46؛ سنن النسائي، الطلاق 66؛ شرح مشكل الآثار للطحاوي،

(ونأمر به) أي: بالإحداد وترك الطيب والزينة (المبتوتة) أي: المطلقة طلاقاً بائناً. وقال الشافعي: لا تؤمر¹ به؛ لأنه أوحشها بالإبانة، فلا يجب عليها إظهار التأسف من فرقة.

ولنا: إنها ممنوعة عن النكاح في العدة، فتمنع عن صفات داعية إليه؛ فلما توجهت إليها متمسكة للأزواج. قيدت بالمبتوتة؛ لأن الحداد واجب في عدة الوفاة اتفاقاً، وغير واجب في الرجعية اتفاقاً. من «الحقائق».

(ولا نوجبه) أي: الحداد (على ذمية ولا صغيرة) وقال الشافعي: يجب عليها الحداد؛ لعموم الحديث السابق.

ولنا: إن الحداد حق الشرح، وهما ليسا من أهل الخطاب.

(ولا حداد على أم الولد) إذا اعتقها مولها؛ لأن الحداد لإظهار التأسف على نعمة النكاح، ولم يكن لها نكاح.

(ولا تخطب المعتدة) أي: لا تطلب للنكاح، (ولا بأس بالتعريض) وهو أن يذكر شيئاً ويريد به شيئاً لم يذكره²، كقوله: إن لي فيك رغبة، أو قوله: أريد أن أتزوج صالحة، وأنت صالحة، ونحوهما؛ لقوله تعالى: {ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء}. وفي «التبيين»: هذا إذا كانت معتدة عن وفاة، وإن كانت معتدة عن طلاق؛ لا يجوز التعريض، أمّا في الرجعي؛ فلأن الزوجية قائمة، وأمّا في المبتوتة؛ فلأن تعريضها يورث العداوة بينها وبين الزوج، وكذا بينه وبين الخاطب.

(ولا تخرج المطلقة الرجعية والمبتوتة أصلاً) أي: لا في الليل ولا في النهار؛ لأن النفقة دارة عليها، فلا ضرورة لها إلى الخروج، حتى لو اختلعت على أن لا نفقة لها تخرج نهاراً لمعاشها. وقيل: لا تخرج، وهو الأصح؛ لأنها هي التي أسقطت حقها، فلا يبطل به ما وجب عليها من عدم الخروج.

وهذا⁴ في الحرّة، وأمّا في الأمة؛ فتخرج لرعاية حق المولى في الخدمة، إلا أن يبوي لها منزلاً، فيترك استخدامها. ولو كانت المبانة كتابية؛ فلها الخروج؛ لأنها غير مأمورة بالشرع، إلا أن للزوج أن يمنعها عن الخروج صيانةً لمانه.

(وتخرج المتوفى عنها نهاراً وبعض الليل) إذ لا نفقة لها، فحينئذ تحتاج إلى الخروج، (وتبيت في منزلها) أي: لا تكون في الليل كله في غير منزلها، ولو باتت أقل من نصف الليل؛ فلها ذلك؛ لأن البيوتة عبارة عن الكون في مكان أكثر الليل.

(وتعتد في المنزل المضاف إليها سكني⁵) أي: من جهة السكنى (حال وجوبها) أي: وجوب العدة بالموت أو الفرقة، حتى لو طلقت في منزل أهلها؛ فعليها أن تعود إلى المنزل⁶ الذي كانت ساكنة فيه؛ لقوله تعالى: ولا تخرجوهن من بيوتهن [الطلاق، 1/65]. وإذا اعتدت في منزل الزوج؛ تجعل بينها وبينه ستره حتى لا يقع الخلوة بالأجنبية، وإن كان فاسقاً يخاف عليها منه؛ فالأولى خروجه لوجوب السكنى عليها فيه. ولو كان الزوج غائباً وطلقها، وكان يسكن⁷ بأجرة؛ أعطتها بإذن القاضي، ويصير ديناً على الزوج.

(فإن أخرجها الورثة من نصيبهم) من الدار، (وضاق عنها) أي: عن سكنها (نصيبتها) من دار الميت، أو خافت على مالها فيه؛ (انتقلت) لأن هذه الانتقال بعدد، ولو أسكنوها في نصيبهم بأجرة، وهي تقدّر على أداها؛ لا تنتقل.

وفي «الكفاية»: تعيين الموضع الذي تنتقل إليه في الوفاة إليها، وفي غيرها إليه.

(ولو مات في السفر في مصر) وقد كان مع امرأته، (أو أبانها) أي: طلقها طلاقاً بائناً فيه، (وبينها وبين كل من مصرها ومقصدتها مسيرة سفر؛ فعليها أن تعتد في المصر) عند أبي حنيفة، (ولا تخرج بمحرم حتى تفرغ) من عدتها. (وأجازاه قبله) أي: الخروج قبل الفراغ.

قيد بالسفر؛ إذ لو مات في الحضر لا تخرج اتفاقاً.

وقيد بالمصر؛ لأنه لو مات في مفازة أو طلق فيها؛ فهي بالخيار: إن شاءت رجعت إلى مصرها، وإن شاءت مضت إلى مقصدتها، سواءً معها محرم أو لا اتفاقاً؛ لخوف الهلاك، والقربة التي تقدّر على المقام بها كالمصر في الحكم.

1 ح: يؤمر.

2 د: تذكر شيئاً وتريد به شيئاً لم تذكره.

3 ح: فلا.

4 د: هذا.

5 ح: سكني.

6 د: منزلها.

7 د: تسكن.

قَيَّد بقوله: «أو أبانها»؛ لأنه لو طَلَّقها رجعيًّا؛ فهي لا تفارقُ زوجها، أمَّا إذا طَلَّقها رجعيًّا في منزلها؛ فليس له أن يسافرَ بها قبل الرجعة. من «الحقائق».

وقَيَّد بأن يكون بينها وبين مقصدها مدَّة سفرٍ، وكذا بينها وبين منزلها؛ لأن كلاً منهما لو كان دون مدَّة السفر تخرج إلى أيهما شاءت اتِّفَاقًا، أو كان أحدهما مدَّة السفر والآخر دونها؛ تخرجُ إلى الذي دونها اتِّفَاقًا. وقَيَّد بالمحرم؛ لأنه لو انعدم لا تخرجُ اتِّفَاقًا.

لهما: إنَّ المحرمَ عليها إنشاءُ السفر في العِدَّة، وهذا ليس بإنشاءٍ؛ لأن الطَّلَاق وقع عليها وهي مسافرةٌ، فيجوز مع المحرم. **وله:** إنَّ تأثيرَ العِدَّة في المنع من الخروج أقوى من تأثير عدم المحرم، ألا يرى أنَّ العِدَّة تمنع مطلقَ الخروج وإن قلَّ، وعدم المحرم يمنع السفر فقط؟ وعدم المحرم إذا كان مانعًا من السفر؛ فالعِدَّة أولى، وإنَّما رخص ما دون السفر؛ لأنه ليس بإنشاء الخروج، بل هو بقاء¹ على الخروج الأول، وهي هنا منشئة باعتبار أنَّه سفرٌ، فيحرم الخروج. والله أعلم².

(فصل) في ثبوت النَّسَب

(يقدرُ³ أقلُّ الحمل بستَّة أشهرٍ) لقوله تعالى: ﴿وَخَلَّاهُ وَفَضَّلَهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا﴾ [الأحقاف، 15/46]، وقوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾ [البقرة، 233/2].

(ونقدِرُ أكثرُه) أي: أكثر مدَّة الحمل (بستين، لا أربعًا) أي: قال الشافعيُّ: هو أربع سنين؛ لأن الضحاك ولدته أمُّه لأربع سنين بعدما نبتت ثنيتاه، وهو يضحكُ.

ولنا: قولُ عائشة رضي الله عنها: لا يبقى الولدُ في رحم أمه أكثرَ من ستين ولو دور مغزلي⁴، ومثله لا يُعرفُ إلا سماعًا. (وإذا أقرَّتْ بانقضاء العِدَّة) أيَّة معتدَّة كانت، (ثم جاءتْ بولدٍ لأقلِّ من ستَّة أشهرٍ) من وقت الإقرار؛ (ثبت نسبه) لظهور كذبها حيث أقرَّتْ بالانقضاء، ورحمها مشغولٌ. (أو لستَّة؛ لم يثبت) أي: إن ولدتْ لستَّة أشهرٍ من وقت إقرارها؛ لم يثبت النسب؛ لاحتمال حدوث الحمل بنكاحٍ جديدٍ، فلم يُتَبَيَّنْ كذبها.

فإن قيل: كيف صحَّ هذا الإقرارُ وفيه إبطالُ حقِّ الولد من النَّسَب؟

قلنا: إنَّها أُمينةٌ في الإخبار عمَّا في رحمها، ويجوزُ إبطالُ حقِّ الغير بقول الأمين، كما إذا أقرَّتْ بانقضاء عدَّتْها بيطلُ حقُّ الرُّوح. (وإذا أتتْ به الرجعيةُ لستين أو أكثر؛ ثبت) نسبُ الولد، (ما لم تقرَّ بانقضائها) أي: انقضاء العِدَّة، (وكان مراجعًا) لأن الزنا منتفٍ عن المسلم ظاهرًا، فيُحملُ على أنَّ العلوق وقع بعد الطَّلَاق.

فإن قيل: انتفاءُ الزنا ممكَّنٌ بغير هذه الجهة، بأن تزوَّج بزوجٍ آخرَ بعد انقضاء عدَّتْها، فيكون الولدُ منه.

قلنا: الإبقاءُ أسهلُّ من الابتداء، فكان أولى.

قَيَّد بعدم إقرارها؛ لأنَّها لو أقرَّتْ بانقضاء العِدَّة؛ فهو كما قالت إذا كان في مدَّة يصلحُ لثلاثة أقرارٍ.

(أو لأقلِّ) أي: إذا أتتْ بالولد لأقلِّ من ستين (ثبت) نسبه؛ لوجود العلوق في النكاح، أو في العِدَّة، (وبانت) من زوجها؛ لانقضاء عدَّتْها بوضع الحمل، ولمَّا احتمل كونُ العلوق قبل الطَّلَاق وبعده؛ لم يصرَ مراجعًا بالشكِّ.

فإن قيل: لِمَ لم يجعلَ مراجعًا بحمل الوطء على وجوده بعد الطَّلَاق؛ لأن الحوادثَ محمولةً على أقرب أوقاتها؟

قلنا: لأن الرجعةَ بالفعل خلافُ السنَّة، ولا⁵ يظنُّ بالمسلم العاقل الإقدام على خلاف السنَّة، فلا يُحملُ عليه مع إمكان غيره.

(أو المبتوتة) أي: إذا أتت المعتدَّة عن طلاقٍ بائنٍ بولدٍ (لأقلِّ منها) أي: من ستين؛ ثبت نسبه؛ لاحتمال قيام الحمل وقت الطَّلَاق، فثبت⁶ إحياءُ للولد. (أو لتمام⁷) أي: لو أتتْ به لتمام ستين (من حين الفرقة؛ لم يثبت) نسبه؛ لحدوث الحمل بعد الطَّلَاق يقينًا؛ لأن وطءَ المبتوتة حرامٌ في العِدَّة، (إلا بإدعائه) بأن يدعي زوجها نسبَ الولد، فيثبت حملًا لدعواه على أنَّه وطَّئها في العِدَّة بشبهةٍ.

1 د: بناء.

2 د - والله أعلم.

3 د: ويقدر.

4

5 د: لا.

6 د: فيثبت.

7 د: لهما.

وفي «التبيين»: هذا ما ذكره، وفيه نظر؛ لأن المبتوتة بالثلاث إذا وطَّها الزوج بشبهة؛ كان شبهة الفعل، وفيها لا يثبت النسب وإن ادَّعاه. نصَّ عليه في كتاب الحدود. وهل يشترط¹ تصديق المرأة إذا ادَّعاه الزوج؟ فيه روايتان.

(وإن كانت هذه) أي: المبتوتة (صغيرة) يجامع مثلها، (فجاءت به؛ يثبت به إلى سنتين) أي: يثبت أبو يوسف نسب الولد إلى آخر هذه المدة، (أو رجعية) أي: لو كانت الصغيرة مطلقة طلاقاً رجعيًا؛ (فإلى سبعة وعشرين شهرًا) أي: يثبت أبو يوسف نسب ولدها إلى هذه المدة؛ لأنه جعل مراجعًا في عدتها، وهي ثلاثة أشهر، ويثبت بعدها في سنتين. (وأثبتاه) أي: نسب ولد الصغيرة (إذا أتت به لأقل من تسعة أشهر فيهما) أي: في المبتوتة والرجعية.

(أو متوفى عنها زوجها) أي: لو كانت الصغيرة معتدة عن الوفاة، فجاءت بولد؛ (فإلى سنتين) أي: يثبت أبو يوسف نسب ولدها إلى سنتين. (وأثبتاه إن أتت به لأقل من عشرة أشهر وعشرة أيام).

اعلم أنَّ الخلافَ فيما إذا سكنت الصغيرة ولم تدع حبلًا، ولم تقر بانقضاء عدتها، أما إذا ادَّعته؛ صارت مقرَّةً بأنَّها بالغة، وكانت في نسب ولدها كالكبيرة، أو أقرت بمضي العدة بعد ثلاثة أشهر، ثم جاءت بولدٍ لأقل من ستة أشهر ثبت نسبه، وإن ولدت لستة أشهر أو أكثر؛ لم يثبت، سواء كان رجعيًا أو بائنًا اتفاقًا؛ لأن عدتها ثلاثة أشهر بالنص، ومضيها كإقرار الكبيرة بمضي عدتها.

له في المسائل السابقة: إنَّ الكلام في المراهقة، وهي قابلة للحبل، فيحتمل أن تكون حاملًا قبل الطلاق أو الوفاة، فيكون انقضاء عدتها بوضع الحمل، ويحتمل أنها حبلت بعد انقضاء عدتها بثلاثة أشهر في الطلاق، وأربعة أشهر وعشر في الوفاة، فإذا وقع الشك في الانقضاء؛ جعل عدتها غير منقضية، فيثبت نسبه إلى سنتين كما في البالغة.

ولهما: إنَّ صغرهما ثابتٌ بيقين، وهو منافعٍ لحملها، فلا يزول بالاحتمال ما هو ثابتٌ بيقين، فيحكم بمضي عدتها بثلاثة أشهر في الطلاق، وبأربعة أشهر وعشر في الوفاة، ويحمل الحمل على أنه حادثٌ بعد مضيها، فلا يثبت النسب.

(وإذا لم تقر معتدة الوفاة) التي اعتدت لوفاة زوجها (بانقضائها) أي: بانقضاء عدتها، ولم تقر بالحبل أيضًا، (فأنت به لتنام عشرة أشهر وعشرة³ أثبتناه) أي: نسب ولدها من زوجها. وقال زفر: لا يثبت.

هذا الخلافُ فيما إذا كانت معتدة الوفاة كبيرة؛ لأنها لو كانت صغيرة؛ فنسب ولدها إنَّما يثبت إذا أتت به لأقل من عشرة أشهر وعشرة أيام عند أبي حنيفة ومحمد كما سبق.

قيّد بعدم الإقرار؛ لأنها لو أقرت بانقضائها لا يثبت اتفاقًا.

وقيّد بتمام عشرة أشهر وعشر؛ لأنها لو أتت به لأقل منها ثبت اتفاقًا.

له: إنَّ حبلها لَمَّا لم يكن ظاهرًا؛ ثبت بالنص انقضاء عدتها بمضي أربعة أشهر وعشر، ولو ثبت مضي عدتها بإقرارها، ثم أتت بولد؛ لا يثبت نسبه، فأولى أن لا يثبت فيما نحن فيه؛ لأن الثابت بالنص أقوى من الثابت بإقرارها.

ولنا: إنَّ انقضاء عدتها بالشهور مشروطٌ بعدم الحمل، وذا إنَّما يُعرف من جهتها، فلا يحكم بانقضاء عدتها ما لم تقر به، فلما ولدت في مدة يمكن أن يكون العلوق من زوجها قبل موتها؛ يثبت نسبه منه حملًا لأمرها على الصلاح.

(وإذا أتت به معتدة الوفاة) وكذبها الورثة في الولادة؛ (فثبوته) أي: ثبوت نسبه مشروطٌ عند أبي حنيفة (بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين) على ولادتها.

قيّدنا بتكذيب الورثة؛ لأنَّهم لو أقرُّوا بالولادة يثبت النسب؛ لأنَّهم قائمون مقام الزوج، ولو أقر بها؛ لثبت النسب، فكذا لو أقرُّوا.

(إلا أن يكون حبلًا ظاهرًا أو اعترافًا) أي: لو كان بالمرأة حبلًا ظاهرًا، أو أقر الزوج حال حياته بالحبل؛ يثبت نسبه بلا شهادة رجلين.

وأما شهادة القابلة؛ فلا بُدَّ منه لتعيين الولد اتفاقًا؛ لاحتمال أن يكون الولد غير هذا المعين، وإنَّما الخلافُ في ثبوت نفس الولادة بقول المعتدة، فعند أبي حنيفة: يثبت إذا تأيَّد بمؤيِّدٍ من ظهور حبلٍ أو اعترافٍ، وعندهما: يثبت بشهادة قابلة.

(وأثبتاه بواحدة) أي: بشهادة امرأة واحدة مسلمة عادلة بولادته؛ لأن الفرائض. وهو أن تعين⁴ المرأة للولادة لشخص واحد. قائم

بقيام العدة، والفرائض ملزمٌ للنسب، وإنَّما احتيج إلى تعيين الولد، فشهادة القابلة كافية فيه.

¹ د: تشترط.

² ح: حابلًا.

³ د + أيام.

⁴ ح: يعين.

وله: إنَّ الإلزامَ على الغير لا يجوزُ إلا بحجَّةٍ، وأمَّا عند ظهور الحبل أو إقرار الزوج؛ فلم يُحتجَّ إلى الشهادة؛ لأنَّ النسبَ ثبت قبل الولادة، والعدَّةُ مضتْ بإقرارها بوضع الحمل، فلم يبقَ فراشٌ.

وكذا الخلافُ لو كانت معتدَّةً عن طلاقٍ، وأنكر الزوجُ الولادةَ.

(والطَّلَاقُ المَعْلُوقُ بالولادة لا يقعُ بشهادةٍ واحدةٍ بها) أي: إذا قال لامرأته: إن ولدتِ فأنت طالقٌ، فشهدت امرأةٌ بولادتها؛ لا تطلقُ عند أبي حنيفة. وقالوا: تطلقُ؛ لأنَّ الولادةَ مما لا يطلُّعُ عليه الرجالُ، فشهادةُ المرأةِ مقبولةٌ فيها، فكذا فيما يتعلَّقُ بها.

وله: إنَّها ادَّعت الحنثَ عليه، فلا يثبتُ إلا بحجَّةٍ تامَّةٍ، والطَّلَاقُ منفلتٌ عن الولادةِ ذاتًا، فلا يلزمُ من قبولها فيها قبولها فيه، كما إذا اشترى مسلمٌ لحماً، فشهد مسلمٌ بأنَّه ذبيحةٌ مجوسيةٌ؛ قبلتْ شهادتهُ في حرمةِ أكله، ولا تُقبَلُ¹ في الرجوعِ على البائع.

(وإن أقرَّ بالحبل) ثُمَّ علَّقَ طلاقها بالولادة؛ **(فهي طالقٌ من غير شهادة)** امرأةٌ عند أبي حنيفة؛ لأنَّ إقراره بالحبل إقرارٌ بما يفضي إليه، وهو الولادةُ. وقالوا: لا تطلقُ إلا بشهادة القابلة؛ لأنَّها مدَّعيةٌ للحنث، فلا بُدَّ لها من حجَّةٍ، وهي شهادةُ امرأةٍ.

(وإذا تزوجها، فأنتُ به) أي: بالولد **(لأقلَّ من ستَّةِ أشهرٍ)** من وقت تزوجها؛ **(لم يثبت)** نسبهُ منه، **(أو لستةً)** أي: إن² ولدت لستةً أشهرٍ فصاعداً؛ **(يثبت إن اعترف به)** الزوجُ بالولادة أو سكت؛ لأنَّ الفراشَ قائمٌ.

(وإن جحد الولادة) حال قيام التَّكاح؛ **(تثبت³ بواحدةٍ)** أي: الولادةُ بشهادة امرأةٍ، ويثبت النسبُ بفراشه، حتى لو نفاه الزوجُ يُلاعِنُ.

(فصلٌ في النفقة)

(ويجبُ للمرأة) مسلمةٌ كانت أو كافرةً، صحيحةٌ كانت أو مريضةً على زوجها **(النفقةُ والكسوةُ)** لقوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة، 233/2]، **(والسُّكْنَى)** لقوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ﴾ [الطلاق، 6/65].

(بتسليم نفسها في منزل زوجها) قيَّدَ به؛ لأنَّها لو لم تزفْ إلى بيت زوجها؛ لا تستحقُّ التَّفَقُّةَ، وهو روايةٌ عن أبي يوسف، ومختارٌ بعض المتأخرين، لكن في ظاهر الرواية: تجب لها⁴ التَّفَقُّةُ إذا لم يطلِّبها الزوجُ بالانتقال، فإنَّها سلَّمتْ نفسها إليه معنًى، لكنَّ التَّقْصِيرَ وُجِدَ من جهة الزوج حيث ترك التَّقَلُّ، فذا لا يوجبُ بطلانَ حجِّها، فإن طالَبها به وامتنعتْ لاستيفاء مهرها؛ فلها التَّفَقُّةُ أيضًا، وإن امتنعتْ بغيرِ حجٍّ؛ فلا نفقةَ لها. كذا في «الذخيرة». وذكر في «الكافي»: الفتوى على ظاهر الرواية.

(على قدر حاله) لقوله تعالى: ﴿لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ﴾ [الطلاق، 7/65]، فلو كان الزوجُ معسرًا والمرأةُ موسرةً؛ فعليه نفقةُ الإعسار؛ لأنه هو المخاطبُ بأداء ما في وسعه، وهو مختارُ الكرخي وظاهر الرواية.

(وقيل: حالهما) أي: تجب⁵ على قدر حالهما في اليسار والإعسار، **(وبه يُفتَى)** وهو مختارُ الخصَّاف، والمذكورُ في «الهداية».

وإن كان أحدهما موسرًا والآخرُ معسرًا؛ فلها نفقةُ الوسط، وهو أن يكون فوق نفقة الإعسار ودون نفقة اليسار.

(وتقدَّرُ بالكفاية) يعني: التَّفَقُّةُ واجبةٌ بقدر كفايتها؛ لقوله صلى الله عليه وسلم لامرأة أبي سفيان: «خُلِّدي من مال أبي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف»⁶ أي: بلا إسرافٍ ولا تقتيرٍ، وفي الحديث إشارةٌ إلى أنَّ التَّفَقُّةَ غيرُ مقدَّرةٍ؛ لأنَّ الكفايةَ تختلفُ بحسب الزمان والطباع والرِّخص والغلاء، فلا معنى لتقدير الشَّافعي من أنَّها على الموسر مُدَّان، وعلى المعسر مُدٌّ، وعلى المتوسط مُدٌّ ونصفٌ.

(ويُقبَلُ قولُه في إعساره عنها) أي: عن التَّفَقَّةِ؛ لأنه منكرٌ. **(وتسمعُ بينتُها)** على يساره؛ لأنَّها مدَّعيةٌ.

(ويوجبُ) أبو يوسف **(نفقةَ خادمين على الموسر)** لزوجته؛ ليقوم أحدهما بأمر داخل البيت، والآخرُ بخارجه، وعن أبي يوسف: إذا كانت فائقةً بنت فائقٍ زُفَّتْ إلى زوجها مع خدمٍ كثيرةٍ؛ استحقَّتْ نفقةَ الخدمِ كلِّها.

(واكتفيا بواحدٍ) إذ الواحدُ يقوم بالأمرين، والزيادةُ للزَّينة، حتى إنَّ الزوجَ لو أقام بنفسه خدمتها؛ لم يلزمه نفقةُ الخادم.

قيَّدَ بالموسر؛ لأنه لو كان معسرًا لا يجبُ عليه نفقةُ خادمها في روايةٍ عن أبي حنيفة.

¹ د: يقبل.

² د: إذا.

³ ح: يثبت.

⁴ د - لها.

⁵ د: يجب.

⁶ صحيح ابن حبان، 71/10؛ السنن الصغرى للبيهقي، 532/6.

وفي «الذخيرة»: هذا إذا كان لها خادمٌ، وإن لم يكن؛ لا يُفرضُ على الزوج نفقةً الخادم. وهذا إذا كان الخادمُ مملوكًا لها، وإن كان مملوكًا لغيرها، أو كان حُرًّا، فقيل: تجبُ عليه، وقيل: لا.

وفي «المحيط»: لو امتنع خادمُها عن الخدمة؛ لا تجبُ على الزوج نفقته؛ لأنَّها إنَّما تجبُ بإزاء الخدمة. وفي نوازل أبي الليث: إن كانت المرأةُ تقدُرُ على الخدمة بنفسها؛ تُجبرُ عليها؛ لأن رسولَ الله صلى الله عليه وسلم جعل خدمةَ داخل البيت على المرأة¹، وكذا قضى بين عليٍّ وفاطمة².

(وإن نشزت) عن بيت زوجها؛ (فلا نفقةً حتى تعود) إليه؛ لأن النفقةَ جزاءُ الاحتباس في بيته، فلا تستحقُّها بدونها، وأمَّا إذا نشزت عن التمكن في بيت الزوج؛ لا تسقطُ نفقتهَا؛ لأنه قادرٌ على وطئها كرهاً.

(ولا نفقةً للصغيرة) التي لا توطأ مثلها وإن كانت في منزله؛ لأن المانع من جهتها.

فإن قيل: كان ينبغي ألا تجب النفقةُ للزوجة الرتقاء والقراء مع أنَّها واجبةٌ.

قلنا: الرتقاء يقدرُ جماعها فيما دون الفرج من التفخيذ وغيره، وكان الاحتباسُ لمنفعةٍ مطلوبةٍ من النكاح، فتجبُ النفقةُ، وكذلك المريضة. فعلى هذا إذا كانت الصغيرةُ مشتتةً يمكنُ جماعها فيما دون الفرج؛ فلها النفقةُ. كذا في «الذخيرة».

(وتجب) النفقةُ (للكبيرة في مال الصغير) لأن التسليمَ وُجِدَ من جهتها، والعجزُ قائمٌ من جهته، فصار كالعنين.

(ولا نفقةً للمتوفى عنها) أي: للمعتدة عن وفاة زوجها؛ لأن ملكه انقطع عن تركته، ولا يمكنُ إيجابُ النفقة في ملك الورثة.

(ونوجبها للمبانة في العدة كالرجعية) أي³: كما وجبت⁴ النفقةُ للمطلقة الرجعية اتِّفَاقًا.

وفي «الذخيرة»: المعتدة إذا خرجت من بيت العدة تسقطُ نفقتها، فإذا عادت؛ عادت إليه النفقةُ.

وقال الشافعي: لا نفقةٌ للمبتوتة؛ لما روي عن فاطمة رضي الله عنها بنت قيس أنها قالت: طلقني زوجي ثلاثًا، فلم يفرض لي رسولُ الله صلى الله عليه وسلم سكنى ولا نفقةً⁵.

أقول: مخالفته لنا ليس على الإطلاق؛ لأنَّها إذا كانت حاملاً؛ فلها النفقةُ عنده؛ لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق، 6/65]، هكذا ذكر في كتبه من غير نقل قولٍ آخرَ عنه، فلو قال: ونوجبها للمبانة في العدة كالرجعية لا للحامل فقط؛ لكان أولى.

ولنا: ما روى عمر رضي الله عنه أنه صلى الله عليه وسلم قال: «للمطلقة الثلاث النفقة والسكنى ما دامت في العدة»⁷، وما رواه رده عمر وجابرٌ وعائشة رضي الله عنهم.

(وإذا تزوج عبدٌ حرًّا ياذن) أي: ياذن مولاه؛ (تعلقت النفقةُ بربته) فيباغ فيها مرَّةً بعد أخرى؛ لأن النفقةَ يتجددُ وجودها،

فيكون في حكم دينٍ حادثٍ، فلو مات سقطت لفوات محلِّ الاستيفاء.

وقيل: إن قتل العبدُ تجبُ النفقةُ في قيمته، والصحيح: أنه يسقطُ فيها أيضًا؛ لأن القيمةَ إنَّما تقام⁸ مقامَ الرقبة في دينٍ لا يسقطُ بالموت، والنفقةُ صلةٌ يبطل بالموت قبل القبض. كذا قاله القدوريُّ.

(أو حرًّا) أي: إذا تزوج حُرٌّ (أمه، فإن بؤاها مولاها منزله) أي: إن خلى بينها وبينه في منزل، ولا يستخدمها؛ (وجبت) النفقةُ

على الزوج، حتى لو استخدمها المولى بعد التبوئة تسقطُ النفقةُ.

اعلم أنَّ قيدَ الحرِّ اتفاقيٌّ؛ لأن العبدَ والمكاتبَ والمديرَ كالحرِّ في هذا الحكم، والمديرةُ وأمُّ الولد كالأمة. كذا في «المحيط».

(وإلا فلا) أي: إن لم يبوئها؛ فلا نفقةٌ لها. (وإن بؤاها بعد الطلاق؛ منعنا الوجوب) أي: وجوبُ النفقة. وقال زفر: لها نفقةُ

العدة؛ لأنَّها صارتُ محبوسةً بحقه، فتستحقُّ النفقةَ.

¹ لم نجده.

² لم نجده.

³ د - أي.

⁴ د: وجب.

⁵ صحيح مسلم، الطلاق 42-51؛ سنن النسائي، الطلاق 70.

⁶ د: فإن.

⁷ لم نجده إلا في المبسوط للرخسي، 201/5. وانظر أيضا سنن الدارقطني، 42/5-49 بدون لفظ: «ما دامت في العدة».

⁸ ح: تقام.

ولنا: إنَّها لم تستحقَّها عند الطَّلاق، فلا تستحقُّ بالاحتباس بعده.

(وتسقطُ) النفقة عن الزوج (بكلِّ فرقةٍ جاءت منها) أي: من المرأة (بمعصية كالردة).

قيدنا السقوط بالنفقة؛ لأن السكنى واجبة لها بأيِّ فرقةٍ كانت؛ لأن الرقار في البيت لا يسقط عنها بالمعصية، حتى لو خالها على أن لا سكنى لها عليه ولا نفقة؛ تسقط النفقة دون السكنى؛ لأنه حقُّ الشرع. كذا في «المحيط».

ويُقدِّم بقوله: «منها»؛ لأن الفرقة لمعصية لو صدرت من قِبَل الزوج؛ فلها النفقة إن كانت مدخولاً بها.

ويُقدِّم بالمعصية؛ لأن الفرقة لو حصلت بدونها كخيار العتق والبلوغ والتفريق بعدم الكفاءة؛ لا تسقطُ بها نفقتها؛ لأنَّها حبست نفسها بحقٍّ، فصارت كما لو حبست لاستيفاء المهر.

(ولو بعد الطَّلاق) أي¹: ولو كان ارتدادها بعد كونها مطلقة ثلاثاً تسقطُ نفقتها أيضاً.

اعلم أنَّ سقوطها ليس لعين الرِّدة، بل لأنَّها تخرج من بيته للحبس، حتى لو لم تخرج؛ فلها النفقة. ثمَّ لو أسلمت المعتدة المرتدة بعدما حبست؛ تعود النفقة. ولو أسلمت المنكوحه بعدما حبست؛ لا تعود، والفرق أنَّ الفرقة في المنكوحه وقعت من قِبَلها، وفي المعتدة لم تقع من قِبَلها، بل وقعت بالطلاق، ولكن النفقة سقطت بالحبس، وإذا زال المانع عادت.

(وتقيل ابن زوجها في الملك) يعني: لو كانت معتدة عن الطَّلاق، وقبِلت ابنَ زوجها؛ فلا نفقة لها.

قوله: «في الملك» يفيد أنَّ هذا الحكم في المعتدة عن رجعيٍّ؛ لأن ملك النكاح باقٍ، والفرقة من قِبَلها، ولهذا لو قبِلها ابنُ الزوج مكرهه؛ تقع الفرقة، ولا تسقطُ النفقة. ولو كانت معتدة عن بائنٍ، فقبِلت ابنَ زوجها؛ فلها النفقة؛ لأن الفرقة وقعت بالطلاق، ولا تأثير لفعالها فيها.

وفي «المنتقى» و«الخانية»: لو قبِلها، وقال: لم يكن ذلك عن شهوة؛ صدق، إلا أن يكون مع انتشار آياته².

وفي الأمالي: لو قبِلت ابنَ زوجها، وقالت: كانت عن شهوة؛ إن كذبها الزوج لا يفرق.

(ويحبسها) أي: تسقطُ النفقة إذا حبست (في دين) كان عليها؛ لأن الاحتباس وقع مع جهتها، وهي مباطئها دينها.

(وبأخذ غاصب) أي: إذا أخذها غاصب، فذهب بها (كرهاً) تسقطُ نفقتها؛ لأن فوت الاحتباس لم يكن من جهته؛ ليجعل الاحتباس باقياً حكماً، وإن لم يفت من جهتها أيضاً.

(وحجَّها بمحرم لا زوج مسقط) أي: إذا حجَّت مع محرماً، ولم يكن زوجها معها؛ فلا نفقة لها عند أبي حنيفة. (ويخالفه)

أي: قال أبو يوسف: لها نفقة الحضر دون السفر.

وفي «الذخيرة»: هذا إذا حجَّت بعد تسليم نفسها؛ لأنَّها لو حجَّت قبله؛ فلا نفقة لها إتفاًقاً.

قيد بقوله: «لا زوج»؛ لأن زوجها لو كان معها في السفر لم تسقطُ نفقتها إتفاًقاً.

لأبي يوسف: إنَّها مشغولة بأداء الفرض، فلا تكون ناشئة.

وله: إنَّ احتباسها عليه فات من جهتها، فتسقط نفقتها.

(ولو مرضت في منزله) أي: منزل الزوج؛ (لم تسقط) نفقتها؛ لأن الاحتباس المفضي إلى بعض المقاصد قائم، وهو استئناسه

بها وحفظها منزله وغير ذلك، والمانع من الاستمتاع عارض، فأشبهه الحيض.

وفي قوله: «مرضت في منزله» إشارة إلى أنَّها لو كانت مريضة في منزلها؛ فلا نفقة لها، لكن ذكر في «الذخيرة»: إن مرضت

في منزلها؛ فلها النفقة؛ لأنَّها غير مانعة نفسها من الرِّوَج بغير حقِّ.

(وإذا قضى) القاضي على الزوج (بنفقة الإعسار، ثمَّ أيسر، فخاصمته؛ تمم) أي: قضى لها نفقة اليسار، (أو بالعكس) أي:

لو كان قضى لها نفقة اليسار، ثمَّ أعسر زوجها؛ (فبنفقة المعسر) يعني: يقضي لها بنفقة المعسر؛ لأن القضاء بالنفقة كان باعتبار حاله، فيتبدل بتبدله.

(وئسقطها) أي: نفقة الزوجة (عن الماضي) أي: عن زمانٍ لم ينفق فيه عليها، (إلا للفرض) أي: إلا أن يكون القاضي فرض لها

النفقة، (أو صلح) أي: لكون الزوجان تصالحا عن النفقة الماضية على مقدارٍ معلوم، فلا يسقط، فيلزمه القاضي بالمفروضة وبما صالحا عليه. وقال الشافعي: لا تسقط.

¹ د - ولو.

² د: الآلة.

قَيَّدنا بنفقة الزوجة؛ لأن نفقة القريب تسقط¹ بمضي المدة اتِّفاقاً.
له: إنَّ النفقة بدلٌ عن احتباسه إيَّها، فيكون ديناً عليه بلا قضاءٍ كالأجرة.
ولنا: إنَّ هذه صلةٌ تجبُّ بقدر الكفاية عند الاحتباس كرزق القاضي في بيت المال، والصلةُ إنَّما تُملكُ بالتَّسليم حقيقةً، أو بتأكُّدِ كالقضاء أو الرضاء.

(وبموتٍ أحدهما بعد القضاء بمدةٍ) يعني: إذا قضى القاضي على الزوج بنفقةٍ، ومضى عليه مدةٌ، فمات أو ماتت هي؛ تسقطُ النفقةُ عندنا. وقال الشافعيُّ: لا تسقطُ.

وكذا الخلاف فيما اصطلحنا عليه.

له: إنَّها دينٌ عليه، فلا تسقطُ كسائر الديون.

ولنا: إنَّها صلةٌ، وهي وإن تأكَّدتْ بالقضاء، لكن لم يتمَّ بدون قبضها، فحكمتنا بقائها حالة الحياة نظرًا إلى تأكُّدها، وحكمتنا بسقوطها نظرًا إلى عدم تمامها إعمالاً بالدليلين.

اعلم أنَّ هذا الحكمُ فيما إذا فرض القاضي النفقةَ، ولم يأمرها بالاستدانة، أمَّا لو أمرها بالاستدانة عليه؛ لا تسقطُ النفقةُ بموت أحدهما، هذا هو الصحيح؛ لأن للقاضي ولايةً عامَّةً، واستدانتها عليه بأمر القاضي كاستدانة الزوج، فلا يسقطُ بالموت. كذا في «النهاية».
(ولو عجل نفقة سنة، ثم مات؛ أجاز الاسترجاع بحسابه) أي: قال محمدٌ: يحسبُ لها نفقةٌ ما مضى إلى وقت الموت، سواء كانت النفقة قائمةً أو مستهلكةً، ويأخذ الورثة ما بقي منها. وقالوا: لا يسترجع منها شيء².

ولو كانت هالكَةً من غير استهلاكها؛ لا يُستردُّ اتِّفاقاً. ولو عجل نفقةً لأجنبيَّةٍ ليتزوجها، فماتت قبل أن يتزوجها؛ فله أن يستردَّ اتِّفاقاً. من «الحقائق».

وعلى هذا الخلاف الكسوة.

له: إنَّ نفقتها كانت عوضًا عن احتباسها، فيبطلُ العوضُ بقدر ما فات المعوض.

ولهما: إنَّها كانت صلةً، فأتصل بها قبضها، فصارت كالهبة المقبوضة، ولا يرجعُ فيها بعد الموت.

(وإذا أتت المبانة بولدٍ لأكثر من سنتين، ولم تقرَّ بانقضاء عدتها، وقد استوفت النفقة) أي: أخذت نفقة العدة في هذه

المدَّة؛ (يفتي) أبو يوسف (بعدم الرِّدِّ) عن سنة أشهر، أي: بأن لا تردَّ المبانة عليه شيئًا. وقالوا: تردُّ عليه نفقة سنة أشهر.

له: إنَّها معتدَّة ظاهراً ما لم تقرَّ بانقضاء عدتها، وحملها إن كان من زناً؛ لا يبطلُ نفقتها، وإن كان من تزوجها بزواجٍ آخر؛ يبطلُ؛ لأن تزوجها كإقرارها بالانقضاء، فلا يرد المأخوذ بالشك.

ولهما: إنَّ حملها يُحملُ على التزوُّج لا على الزنا حملاً لحالها على الأحسن، فتردُّ.

(ولا نفرقُ بالإعسار) أي: بعجزه عن³ نفقتها، (بل تؤمر) الزوجة (بالاستدانة) أي: بأن تشتري طعامًا بالدين (لتحيل عليه)

أي: الزوجة على الزوج بذلك الدين، أو ترجع به على تركته إن مات.

وفي «شرح المختار»: إذا كان زوج المعسرة معسرًا، ولها ابنٌ موسرٌ من غيره، أو أختٌ موسرٌ؛ يؤمر الابنُ أو الأختُ بالإنفاق عليها، ويرجعُ به على الزوج إذا أيسر، ويحبسُ كلٌّ منهما إذا امتنع، فتيبَّ بهذا أنَّ الأداة لنفقتها تجب على من كانت تجب عليه نفقتها لولا الزوج، وكذا ينفقُ على الأولاد الصغار لمعسرٍ من كان تجب عليه نفقتهم لولا الأب، ثم يرجعُ به على الأب إذا أيسر، بخلاف نفقة أولاده الكبار حيث لا يرجعُ عليه بعد اليسار؛ لأنَّها لا تجب مع الإعسار، فكان كالميت. كذا في «التيبين».

قَيَّد بالأمر؛ لأنَّها لو استدانَتْ بغير أمر القاضي؛ ليس لها الإحالة ولا الرجوعُ.

وقال الشافعيُّ: يفرَّقُ إن طلبته.

قَيَّدنا بالعجز عن النفقة؛ لأنه لو عجز عن المهر لا يفرَّقُ اتِّفاقاً.

له: إنَّه عجز عن إمساكها بالمعروف، فينوب القاضي منابه في التَّسريح بإحسانٍ.

ولنا: إنَّ في التَّفريق إبطلاً لحقِّ الزوج بالكليَّة، وفي الاستدانة رعايةً للحقِّين، فيصارُ إليها، لا إلى التَّفريق.

¹ د: يسقط.

² ح: بشيء.

³ ح: من.

قال صدرُ الشريعة: علماؤنا استحسنا أن ينصبَ القاضي نائباَ شافعيَ المذهب يفترقُ بينهما؛ لأن دفع الحاجة الدائمة لا يتيسرُ بالاستدانة، ولا يوجدُ من يُفرضُها، وغنى الزوج أمرٌ متوهّمٌ، فالتفريقُ صار ضرورياً إذا طلبتُه.

هذا إذا كان الزوجُ حاضراً، وإن كان غائباً؛ لا يفترقُ؛ لأن عجزه غيرُ معروفٍ حال غيبته، وإن قضى بالتفريق؛ لا ينفذُ قضاءه؛ لأنه ليس في مجتهدٍ فيه؛ لِمَا ذكرنا أنَّ العجزَ لم يثبت. كذا في «النهاية».

(وإذا كان للغائب مالٌ مودعٌ، أو مضاربة، أو دينٌ، وعلم القاضي به) أي: بالمال (وبالتكاح، أو اعترف بهما) أي: بالمال والتكاح (من هو) أي: المال (في يده؛ يفرض) القاضي (نفقةً زوجته وولده الصغير ووالديه إذا كان من جنس حَقِّهم) أمَّا الفرضُ إذا علم القاضي؛ فالأصلُ علمه حجةٌ يجوز له القضاء به في محلِّ ولايته، وأمَّا إذا اعترفوا بالمال والتكاح؛ فلائهم أقرُّوا بأنَّ لها حقَّ الأخذ مما في أيديهم، وإقرارُ صاحب اليد مقبولٌ في حقِّ نفسه، فيقع القضاء عليهم أولاً، ثمَّ يسري إلى الغائب.

فإن قيل: لو أحضر الدائن مودعاً للغائب، واعترف بالوديعة والدين؛ لا يأمرُ القاضي بأداء الدين، فلمَّ أمر القاضي بالنفقة هنا؟ قلنا: إنَّما أمر القاضي بنفقتهم؛ لأنَّها واجبةٌ قبل القضاء، وكان لهم أخذها بدونه، فيكون القضاء إعانةً لهم لا قضاءً؛ لأن القضاء إلزامٌ أمرٌ لم يكن لازماً قبله، فلا يكون هذا القضاء قضاءً على الغائب، وليس كذلك سائر الديون، ولهذا قيّد بنفقة الزوجة والولد والوالدين احترازاً عن نفقة سائر المحارم؛ لأن نفقتهم إنَّما تجب بالقضاء؛ لأنَّ وجوبها مجتهدٌ فيه، فيكون القضاء بنفقتهم قضاءً على الغائب، وهو غيرُ جائزٍ.

اعلم أنَّ كونَ المال مودعاً أو مأخوذاً على وجه المضاربة ليس بقيدٍ لفرض النفقة؛ لأنَّ المالَ لو كان في بيت الغائب، وعلم القاضي بالتكاح؛ يفرض لهم النفقة.

وإنَّما قيّد بالاعتراف بهما؛ لأنه لو أنكر أحدهما؛ لا يفرض القاضي، ولا تقبلُ بينة المرأة فيه؛ لأن المودع لا يكون خصماً عن الغائب.

وقيّد بقوله: «من جنس حَقِّهم»؛ لأنه لو كان من خلاف جنسه بأن لا يكون المالُ نقدين أو طعاماً أو كسوةً يستحقونها لا يفرضُ عنه¹ النفقة؛ لأنه إنَّما يصرفُ إلى حَقِّهم بواسطة البيع، ولا يباعُ مالُ الغائب اتِّفاقاً، أمَّا عند أبي حنيفة؛ فالأصلُ لا يرى البيع على الحاضر المديون، فعلى الغائب أولى، أمَّا عندهما؛ فلائهما إنَّما يريان البيع على الحاضر لامتناعه عن البيع، وامتناعُ الغائب عنه غيرُ معلومٍ.

(ويحلُّها) أي: القاضي المرأة على أنَّها ما أخذت النفقة، (ويأخذ منها) أي: القاضي من الزوجة (كفيلاً بها) أي: بالنفقة نظراً للغائب؛ لاحتمال أن يحضرَ ويقيمَ بينةً على طلاقه، أو إعطائه نفقتها.

(وإن لم يكن له) أي: للزوج الغائب (مالٌ، فأقامت البينة على الزوجية ليفرض لها) أي: القاضي للمرأة النفقة (رَدُّذناها) أي: بينتها؛ لأن خصمها غائبٌ. وقال زفر: تسمع² بينتها، ويأمرها القاضي بالاستدانة؛ إذ لا ضررَ فيه على الغائب؛ لأنه إذا حضرَ، فإن صدَّقها أو أقامت بينةً أو نكلَ عن اليمين؛ فقد أخذت حَقَّها، وإن حلف؛ تضمنُ هي أو كفيلها.

(ويختار القبول) أي: قبولُ بينتها كما قال زفر، والقضاءُ في زماننا يعملون على قوله؛ لاحتياج الناس إليه، واستحسنة أكثر المشايخ، فيفتى به.

(ولو كفل عنه) أي: رجلاً عن الزوج لزوجته (بالإنفاق كلَّ شهرٍ؛ يلزمه به) أي: أبو يوسف الكفيل بالإنفاق عليها (ما دام التكاح) قائماً بينهما. (وألزماه بشهرٍ) أي: بنفقة شهرٍ واحدٍ.

له: إنَّه التزم بنفقة كلِّ شهرٍ، فيؤخذُ به، كما لو قال: تكفَّلْتُ بنفقتك عنه ما دمتما زوجين.
ولهما: إنَّ الشهرَ الأوَّل معلومٌ، فيصحُّ، وما وراه مجهولٌ، فلا يصحُّ، كما لو قال: ما غصبتك أحدٌ فأنا ضامنٌ³، بخلاف ما ذكر؛ لأنه يبيِّن فيه مدَّةً.

وفي «النوادر»: لو أبرأت الزوج عن نفقتها أبداً؛ فالبراءة باطلةٌ، ولو أبرأت النفقة المفروضة لها كلَّ شهرٍ؛ صحَّ الإبراء من نفقة الشهر الأوَّل دون ما سواه.

¹ د: تفرض فيه.

² د: يسمع.

³ د: ضامنه.

(وطلبها كفيلاً لعيبته لغو) أي: إذا قالت للقاضي: زوجي يريد أن يغيب، فخذ لي منه كفيلاً لنفقتي؛ لا يأخذه عند أبي حنيفة؛ لأن طلب الكفيل بما لم يجب عليه غير معتبر. (ويأمره به لنفقة شهر) أي: قال أبو يوسف: يأخذ لها كفيلاً منه لنفقة¹ شهر رعاية لحقها احتياطاً، وإنما قدر بشهر؛ لأنه أدنى الآجال في السلم، وما دونه في حكم الحال. (وقيل: هو) أي: قول أبي يوسف (المختار) للفتوى.

(ويسكنها) أي: الزوج زوجته (في دار مفردة لا يشاركها أحد من أهله) حتى لو كان له ولد من غيرها؛ فليس له أن يسكنها معها؛ لأنها² لا تأمن منه على متاعها، (إلا باختيارها) فإذا اختارت الشركة في السكنى؛ فقد رضيت بإسقاط حقها. (ويجوز منع أهلها من الدخول عليها) وقيل: لا يمنعهم من الدخول، بل من اللبث عندها خوفاً من الفتنة، (لا من النظر والكلام) لأن في المنع عنهما قطيعة الرحم.

(وقيل: لا يمنعها من الخروج إلى الوالدين، ودخولهما إليها كل جمعة وغيرهما) أي: لا يمنع غيرهما من المحارم (كل سنة).

(وتجب) النفقة (على الأب وحده لولده الصغير الفقير مع مخالفة الدين) لأنه جزؤه، فنزل منزلة نفسه، (كزوجته³) أي: كما تجب نفقة زوجته مع مخالفة الدين.

(ولم يوجبوا على الأم إرضاعه وإن لم تكن شريفة) وقال مالك: تجبر الأم على إرضاع الولد إذا لم تكن شريفة؛ لأنها لو لم تجبر على الإرضاع لتضرر الولد، وأما الشريفة؛ فتتضرر بالجبر على الإرضاع أكثر من تضرر الولد، فلا تجبر. ولنا: قوله تعالى: ﴿لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ وَوَالِدٌ بِمَا كَانَا يَكْفِيَانِ﴾ [البقرة، 233/2]، وفي إجبارها على الإرضاع إضرار بها، فلا تجبر مطلقاً، وأما ضرر الولد؛ فيندفع بإرضاع الطهر.

(إلا أن تتعين) الأم بالإرضاع، بأن لا يرضع الصبي غيرها، أو لا توجد مرضعة غيرها، فتجبر عليه صيانة للولد. وكذا تجبر إذا كان الأب معسراً، ولم يكن للولد مال، وتجعل الأجرة ديناً عليه كنفقته.

(ويستأجر) الأب؛ لأن الأجرة عليه (من ترضعه عندها) أي: عند الأم إذا أرادت ذلك؛ لأن الحضنة لها.

(ولا نجيز استئجار زوجته ولا⁴ معتدته لإرضاع ولده منها) أي: من زوجته أو معتدته. وقال الشافعي: يجوز.

قيّد بقوله: «منها»؛ لأن ولده لو كان من غيرها يجوز استئجارها اتفاقاً.

له: إن إرضاعها لئلا لم يجب عليها؛ صارت كالأجنبية، فجاز استئجارها.

ولنا: إن عقد النكاح لإقامة مصالح البيت، ومن جملتها إرضاع ولدها، إلا أنها لم تجبر عليه؛ لاحتمال عجزها عنه، فإذا أقدمت عليه بالأجرة؛ ظهرت قدرتها، فتبين أن الفعل واجب عليها، فلا يجوز استئجارها؛ لأن الاستئجار على فعل واجب غير جائز كاستئجار المولى عبده، وكذا معتدته عن رجعي؛ لأن النكاح قائم، وأما معتدته عن بائن؛ فكذا في رواية؛ لأن بقاء بعض أحكام النكاح في المبانة كوجوب النفقة وعدم جواز دفع زكاته إليها كبقاء النكاح، وفي رواية: جاز؛ لالتحاقها بالأجنبيات.

(فإذا انقضت) عدتها؛ (جاز) استئجارها.

(وتقدم) الأم (على الأجنبية) لأنها أشفق، (إلا أن تطلب زيادة أجرة) على أجرة غيرها من المرضعة، فيقدم⁵ غيرها على الأم؛

لئلا يتضرر الأب.

(وتجب على الولد وحده لأصوله الفقراء) أي: لا يشارك الولد أحد في نفقة أصوله. قيل: تجب على الولد الذكر والأنثى على

قدر إرثهما؛ لقوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾ [البقرة، 233/2]. وقيل: على السواء؛ لاستوائهما في العلة، وهذا هو المختار.

(مع مخالفة الدين) قيّد الأصول بالفقر؛ لأن نفقة الأغنياء واجبة في مالهم.

¹ د: بنفقة.

² د - لأنها.

³ د: كالزوجة.

⁴ د: أو.

⁵ د: فتقدم.

(وللأب بيعٌ عروضه) أي: جاز له بيعٌ عروض ولده عند أبي حنيفة. العروض: هي الأمتعة التي لا يدخلها كيلٌ ولا وزنٌ، ولا يكون حيواناً ولا عقاراً. كذا في «الصحاح». والمراد منها ههنا: جميع المنقولات.
(وهو) أي: والحال أنَّ ولده (غائبٌ فيها) في هنا بمعنى عن، يعني: لأجل نفقته.
وقالا: لا يجوزُ.

قيدٌ بالأب؛ لأنه بيعٌ غيره لا يجوز اتِّفاقاً، وكذا لا تملك الأمُّ بيع عروض ولدها في ظاهر الرواية، وما ذكر في الأفضية من جواز بيع الأبوين؛ فتأويله: أنَّ الأب هو الذي يبيع، لكن لمنفعتهما أضاف البيع إليهما.
وقيد بالبيع؛ لأن استيفاء نفقته من ماله جائز اتِّفاقاً.
وقيد بقوله: «وهو غائبٌ»؛ لأن الولد إذا كان حاضراً لا يجوز بيع عروضه اتِّفاقاً.
وقيد بقوله: «فيها»؛ لأن بيع عروض¹ ولده لسائر ديونه لا يجوز اتِّفاقاً.
أقول: الضمير في عروضه راجعٌ إلى الولد السابق، وهو كان شاملاً للصغير والكبير، فيفهم منه أن بيع عروض الولد الصغير مختلفٌ فيه أيضاً، وليس كذلك؛ لأن المفهوم من «الهداية» و«المنظومة»: أنَّ الخلاف في بيع عروض الولد الكبير²، وأمَّا بيع عروض الولد الصغير³؛ فجائز اتِّفاقاً. ولو قال: وللأب بيع عروض ولده الكبير؛ لكان أولى.

لهما: إنَّ ولاية الأب انقطعت عن ولده بالبلوغ، فلا يملك بيع عروضه كما لا يملك حال حضرته، وهذا هو القياس.
وله: إنَّ الولاية وإن زالت، لكن بقي أثرها، ولهذا صحَّ منه الاستيلاء في جارية ولده الكبير، والعين يخشى عليها الهلاك، وحفظُ ثمنها أيسر، فيجوز له بيعه للحفظ، فإذا باعها، فصار ثمنها من جنس حقه؛ فله الاستيفاء منه.
(ويمنع من عقاره) أي: لا يجوز بيع عقار ولده لنفقته اتِّفاقاً، والتسامح السابق واردٌ فيه؛ لأن الممنوع بيع عقار ولده الكبير، وأمَّا بيع عقار ولده الصغير؛ فجائز لكمال ولايته عليه.

(فإن كان ماله) أي: مالُ الغائب (في يد أبويه؛ لم يضمنا بإنفاقه) لأنهما استوفيا منه ما هو حقهما، (أو في يد أجنبي، فأنفق عليهما) أي: على أبوي الغائب من ماله (بغير إذن الحاكم؛ ضمن) لأنه تصرفٌ في مال غيره بلا ولايةٍ عليه، فلا يرجع ما ضمنه عليهما؛ لأنه ملك ما دفعه بالضمان، فصار متبرعاً بما دفعه، ولا رجوعٌ للمتبرع، وأمَّا إذا أنفق بإذن الحاكم؛ فلا ضمان؛ لأن للحاكم ولايةً عامَّةً. وفي «النوادر»: إذا لم يكن في مكانٍ يمكن استطلاع رأي القاضي لا يضمّن استحساناً، وعلى هذا لو مات بعض الرفقة في السفر، فباعوا قماشه، وجهزوه بثمنه، أو أغمي عليه، فأنفقوا عليه من ماله؛ لم يضمّنوا.

(وإذا مضت مدَّة بعد القضاء لهم) أي: للولد والوالدين (ولذي الأرحام بها) أي: بالنفقة، وهو متعلِّقٌ بالقضاء (سقطت) نفقتهم؛ لأنها وجبت كفايةً لحاجتهم، ولهذا لا تجب إذا أسروا، أو اندفع حاجتهم بالأكل من الناس، وقد حصلت الكفاية بمضي المدَّة، فتسقط النفقة، بخلاف نفقة الزوجة حيث لا تسقط بعد القضاء بمضي المدَّة؛ لأنها تجب لكونها محتبسةً في منزل الزوج، ولهذا تجب مع يسارها.

وفي «الذخيرة»: نفقة ما دون الشهر لا تسقط؛ لأنه لو سقطت بالمدَّة اليسيرة؛ لَمَّا أمكنهم استيفاءها، فقدروا الفاصل بالشهر. وفي «الحاوي»: نفقة الصغير تصير ديناً بالقضاء دون غيره.
ولو ضاعت نفقة أو كسوة مقدرة للمرأة؛ لا تجب نفقة أخرى؛ لعدم اعتبار الحاجة في حقيها، ولهذا تستحق المرأة النفقة مع الغنى. ولو ضاع نفقة الأقارب قبل مضي الوقت؛ يفرض لهم نفقة أخرى لتحمق حاجتهم، ولهذا لا يستحقون النفقة مع الغنى. كذا في «التبيين».

(إلا أن يؤذن لهم في الاستدانة) فلا تسقط؛ لأن إذن القاضي في الاستدانة كإذن الغائب، فيصير ديناً في ذمته.

(ونوجها لكل ذي رحمٍ محرمٍ مسلمٍ فقيرٍ مع صغرٍ، أو أنوثة، أو زمانة، أو أعمى على قدر الميراث) وقال الشافعي: لا

تجب نفقتهم.

قيدٌ بالمحرم؛ لأن نفقة غير المحرم لا تجب اتِّفاقاً.

¹ د - عروض.

² د: ولد الكبار.

³ د: الصغار.

ويُقدِّد بالمسلم؛ لأن نفقة مخالف الدين منهم لا تجب إتفاقاً.
ويُقدِّد بأن يكون مع فقره متصفاً بأحد الأوصاف الباقية إشارةً إلى أنه إنَّما يستحقُّ النفقة إذا كان عاجزاً عن الكسب؛ لأنه لو كان قادراً عليه لا تجب نفقته إتفاقاً، ولهذا قالوا: إذا كان طالب العلم غير مهتدي إلى الكسب؛ فنفقته على الأب وإن كان صحيحاً.
اعلم أنَّ هذه الأوصاف إنَّما يُعتبر في غير الوالدين؛ لأن في نفقتهما يعتبر الفقر فقط في ظاهر الرواية، حتى لو كانا فقيرين قادرين على الكسب؛ يجزئ الابن على إنفاقهما ترجيحاً لهما على سائر المحارم. كذا في «الذخيرة».
له: إنَّ ذوي الأرحام لا جزئية بينهم، فلا تجب نفقة بعضهم على بعض كبنني الأعمام.
ولنا: قراءة ابن مسعود: وعلى الوارث ذوي الرحم¹ المحرم مثل ذلك، وقراءته كروايته.
وفي لفظ «الوارث» إشارةً إلى أنَّ النفقة على مقدار الميراث، كما لو كان لمعسر أخ لأبٍ وأمٍّ وأخ لأبٍ؛ فسُدس نفقته يكون على الأخ لأبٍ، وباقيها على الأخ لأبٍ وأمٍّ، وأهليته الإرث فيها كافية، حتى لو كان له خالٌّ وابن عمٍّ؛ فنفقته على خاله؛ لكون ذا رحمٍ محرم، مع أنَّ الميراث لابن العم. ولو استويا في المحرمية وأهلية الإرث؛ يترجَّح الوارث حقيقةً، حتى إذا كان له عمٌّ وخالٌّ؛ فالنفقة على العم.

**وينفق الأب على ابنه الرِّمَن وبنته البالغة الثلثين، والأُمُّ) أي: تنفق الأم (الثلث) لأن ميراثهما على هذا المقدار، وهذه رواية الخصَّاف، وفي ظاهر الرواية: النفقة كلُّها على الأب؛ لأن مؤنة رضاع ولده لا يشاركه أحدٌ، فكذا في النفقة.
وفي «المحيط»: يحبس الأب في نفقة ولده؛ لأن في الامتناع من إنفاقه إتلاف النفس، ولا يحبس في سائر ديون الولد؛ لأن فيه إيذاء الأب.**

**(ولا تجب على الفقير) نفقة أقاربه. قَيَّدنا بها؛ لأن نفقة الزوجة والولد الصغير واجبة مع الفقر، حتى لو كان عاجزاً عن الكسب لكونه مقعداً يتكفَّف الناس، وينفق على ولده وزوجته، وبعض المشايخ قالوا: نفقتهم في هذه الصورة في بيت المال.
(فيشترط) أبو يوسف (ليساره ملك نصابٍ يحرم) أي: ذلك النصاب على مالكة (الصدقة) وهو مقدار نصابٍ فاضلٍ عن الحوائج الأصلية بلا شرطٍ نماءٍ، تقدَّم بيانه في فصل مصارف الزكاة. (ويقتى به) أي: يقول أبي يوسف. (وقدره) أي: محمد يسار من تجب عليه نفقة أقاربه (بالفاضل عن نفسه وعياله شهراً، أو من كسبه) أي: في رواية عن محمد: إنَّه مقدَّر بالفاضل عن كسبه (كل يوم) حتى إذا اكتسب درهماً كلَّ يوم، وكفاه ثلثاه؛ يجب صرفه ثلثه إلى قريبه.**

**(وينفق المولى على عبده وأمته، فإن امتنع المولى) عن إنفاقهما، (ولهما كسب؛ أنفقا منه) نظراً للمولى، وإبقاءً لملكه. (وإلا) أي: إن لم يكن لهما كسبٌ لكونهما معلولين؛ (أجبر) المولى (على بيعهما) وكذا الحكم في سائر الحيوانات عند أبي يوسف. وأما في ظاهر الرواية؛ فلا يجزئ مالكها على إنفاقها ولا على² بيعها؛ لأن إجبار القاضي نوعٌ قضاءً، ولا بُدُّ له من مقضيٍّ له هو من أهل الاستحقاق، والدائبة ليست من أهل الاستحقاق.
هذا إذا لم تكن الدائبة مشتركةً، فإن كانت؛ فالقاضي يجزئ الشريك الممتنع عن إنفاقها على بيع نصيبه رعايةً لجانب الشريك الآخر؛ لأنه من أهل الاستحقاق. كذا في «المحيط».**

(فصل) في الحضانة

وهي تربية الولد.

(وتقدِّم الأم على الأب في الحضانة) لِمَا روي أنَّ عمر رضي الله عنه طلق زوجته، فتنازعا إلى أبي بكر رضي الله عنه، فقال: ريفها خيرٌ له من غسلٍ عندك يا عمر³.

(إن طلبت) قَيَّد به؛ لأنها لو لم تطلب الحضانة؛ لا تجزئ عليها؛ لاحتمال عجزها عنها.

وفي «النهاية»: هذا إذا كانت للولد ذات رحمٍ محرمٍ سوى الأم، وإن لم يكن؛ تجزئ الأم؛ لأن الأجنبية لا شفقة لها، فيفوت الولد.

¹ د - الرحم.

² د: إلى.

³

(ثم أمها) أي: أم الأم، (ثم أم الأب، وقدمناها) أي: أم الأب (على الخالة) وقال زفر: الخالة مقدم على أم الأب؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «الخالة أم»¹.

ولنا: إنها أصل الولد لتولده منها بواسطة ابنها، فتكون أولى من أخت الأم، وما رواه يمدل على شفقتها لا على تقدّمها.
(ثم الأخت لأبوين) أي: لأب وأم؛ لأن ذات القرابيتين تكون أشفق، (ثم للأم) أي: الأخت للأم، (ثم للأب) أي: الأخت لأب، (ثم الخالات، ثم العمات) تقديماً لقرابة الأم على قرابة الأب.
(ويتربن² كذلك) أي: يرتب كالأخوات، فتقدم الخالة لأب وأم على الخالة للأم، ثم هي على الخالة لأب، وكذلك في العمات.
(ويسقط³ حق الحضانة إذا تزوجت بأجنبي) لأن الصبي يتضرر بالجفاء من زوج أمه.
قيد بالأجنبي؛ لأنها لو تزوجت ذا رحم محرّم منه لا يسقط؛ لأن قريبه يشفقه.
(ويعود) حق الحضانة (بالطلاق).

(وإذا استغنى الغلام) أي: الصبي (عن الخدمة) أي: خدمة من لها الحضانة، بأن يأكل ويستنجي وحده، (قيل: بسبع) يعني: استغناؤه مقدر بسبع سنين، وعليه الفتوى. (أو تسع) أي: تسع سنين. (أجبر الأب) أو الوصي أو الولي (على أخذه) لأنه أقدر على تأديبه وتعليمه.

(وتمكث الجارية عند الأم والجدّة حتى تحيض) لأن الأم أقدر على تأديبها بأداب النساء، (وعند غيرهما) أي: غير الأم والجدّة (حتى تئسّته).

(والولد) أي: يمكث ولد المسلم (عند الذميمة حتى يخاف أن يالف الكفر) أي: إذا خيف عليه أن يعقل الأديان، ويألف الكفر؛ فالأخذ منها أولى نظرًا له.

(ولا حق للأمة وأم الولد فيه) أي: في حق الحضانة (قبل العتق) لأن الحضانة من باب الولاية، وليستا بأهل لها.
(وإذا لم تكن له) أي: للصبي من أهله (امراة، فاختصم فيه الرجال؛ فقدم أقربهم تعصيًا) فيقدم الأخ لأب وأم على الأخ لأب، ويقدم ابنه على ابن الأخ لأب، وعلى هذا.

وفي «الكافي»: لا توضع الأنثى عند مولى العتاقة، ولا عند عصبية غير محرّم، ولو لم تكن عصبته المحرم أمينًا لفسقه؛ يضعها الحاكم عند امرأة أمينة، وإن لم يكن له عصبية؛ يدفع إلى الأخ للأم، ثم إلى ولده، ثم إلى العم، ثم إلى الخال لأب والأم، ثم لأب، ثم للأم؛ لأن لهؤلاء ولاية عند أبي حنيفة في التّكاح.

(ولا يخرج الأب بولده قبل الاستغناء) أي: استغناء ولده من الحضانة؛ فلا يبطل حق الأم في حضنته⁴. (ولا الأم) أي: لا تخرج الأم (من المصّر) بولده؛ فلا يتضرر الأب، (إلا إلى وطنها الذي تزوّجها فيه) المفهوم منه: أنّ إخراجها بولده إنّما يجوز بأمرين جميعًا: كون المقصد وطنها، وكون تزوّجها فيه، كما إذا تزوّج امرأة بالشام، فقدم بها إلى الكوفة، فولدت منه، ثم طلقها، وانقضت عدتها، فلها أن تخرج بولدها إلى الشام من غير رضا الأب، حتى لو كان وطنها بالشام، ولم يكن تزوّجها فيه، أو كان تزوّجها فيه، ولم تكن من أهل الشام؛ ليس لها أن تخرج إلى الشام.

(إلا دار الحرب) أي: إن كان وطنها في دار الحرب، وقد تزوّجها فيها، وهي حريّة بعد أن كان مسلمًا أو ذميًّا؛ لا تخرج الأم بالولد إليه؛ فلا يالف الولد الكفر، ولو كانا حربيين؛ فلها ذلك. والله أعلم.

(كتاب العتق)

وهو قوّة حكميّة يصير بها أهلًا للتصرفات الشرعيّة.
(يصح في ملك) أي: في مملوك المعتق، فلا يصح من العبد؛ إذ لا ملك له.
قيد به؛ لأن عتق ملك الغير غير صحيح.

¹ سنن أبي داود، الطلاق 34-35؛ السنن الكبرى للنسائي، 169/5. وفي صحيح البخاري، الصلح 6؛ سنن الترمذي، البر والصلة 5، بلفظ «الخالة بمنزلة الأم».

² د: وينزلن.

³ ح: وتسقط.

⁴ د: حضانه.

(أو مضاف إليه) أي: إلى الملك، كما إذا قال: إن ملكك عبدًا فهو حُرٌّ.

(من قادرٍ على التبرُّعات) قيَّد به؛ لأن العتق تبرُّعٌ، ولا يصحُّ ممن لا يقدرُ عليه، كالصبيِّ والمجنون.

(بصريحه) أي: بلفظٍ يدلُّ على العتق وضعًا، (كأنت حُرٌّ أو معتقٌ) أو حرَّرتك، أو أعتقتك، وهذه الألفاظُ موضوعةٌ للإعتاق

شرعًا وعرفًا، ولذلك استغني فيها عن النيَّة، ولو قال: عنيث به الكذب أو الخلوَصَ عن العمل؛ لا يصدِّقُ قضاءً، إلا أن يقول: حرَّرتك عن العمل؛ فحينئذٍ يصدِّقُ.

(أو يا عتيق، أو يا حرَّ) إنَّما يثبتُ بهما العتق؛ لأن النداءَ بهذا الوصفِ يقتضي ثبوته، وإثباته ممكنٌ من جهته، فيثبتُ تصديقًا

له. (إلا أن يكونَ علمًا) فلا يعتقُّ؛ لأن الحرَّ أو العتيقَ إذا كانَ علمًا له؛ إنَّما يراؤُ به الدَّاث لا التَّوصيفُ، حتى لو سماه: حُرًّا، ثُمَّ قال: يا آزاد، أو بالعكس؛ يعتقُّ؛ لأنه ما ناداه باسمِ علمه.

(أو وجهك) أي: يصحُّ إعتاقه بقوله: وجهك حُرٌّ، (أو رأسك) أو رقبك ونحوها مما يعبَّرُ به عن جميعِ البدن.

(لا يدك أو رجلك) أي: لا يصحُّ إعتاقه بقوله: يدك حُرٌّ ونحوه مما لا يعبَّرُ به عن الجملة.

(وبالكناية) أي: يصحُّ العتق بلفظٍ غيرِ موضوعٍ للعتاق، بل محتملٍ له، (كلا ملكٍ لي عليك، ولا سبيلٍ) أي: لا سبيلٍ لي

عليك، وأخرجتك من ملكي، وأمثالها، فإنَّ عدمَ ملكِ المولى ونفيِ السبيلِ عنه يحتملُ أن يكونَ بالإعتاق ونقلِ الملكِ إلى غيره ببيعٍ ونحوه. (إن نوى) العتق.

قيَّد به؛ لأن أحدَ المحتملين في الكناية لا يتعيَّنُ إلا بالنيَّة.

(ولا يعتقُ بلا سلطان) أي: بقوله: لا سلطانَ لي عليك (مطلقًا) أي: نوى به العتق أو لم ينو؛ لأن السُّلطانَ عبارةٌ عن اليد،

ونفيُ اليد لا يستلزمُ نفيَ الملكِ كما في المكاتب، وأمَّا نفيُ السبيلِ مطلقًا؛ فمستلزمٌ نفيِ الملكِ؛ لأن للمولى على المكاتب سبيلًا.

(وقوله: أنتَ لله ليس بإعتاقٍ) عند أبي حنيفة. وقال: يعتقُّ به؛ لأن اللامَ للاختصاص، وخصوصُ الملكِ لله إنَّما يكونُ بزوال

ملكِ العبدِ عنه، فيكونُ إعتاقًا.

وله: إنَّ العبدَ قبلَ هذا القولِ كانَ لله؛ لأن الأشياءَ كلَّها لله تعالى بحكم التَّخليق، فيكونُ إخبارًا لا إنشاءً.

(ولو قال) لعبده: (هذا مولاي، أو مولاتي) أي: قال لأمته: هذه مولاتي، (أو يا مولاي؛ عتق) لأنه وصَّفه بولاءِ العتاقة، فثبت

العتق وإن لم ينوهِ كالصَّريح.

فإن قلت: لم تعيَّن هذا المعنى ولفظُ المولى مستعملٌ حقيقةً في مولى المولاة، وفي معنى النَّاصر؛ لقوله تعالى: ﴿وَأَنَّ الْكَافِرِينَ

لَا مَوْلَى لَهُمْ﴾ [محمد، 11/47]، وفي معنى ابنِ العمِّ؛ لقوله تعالى: ﴿وَأَيُّ حِفْظِ الْمَوَالِي مِنْ وَرَائِي﴾ [مريم، 5/19] أي: خفتُ من ابنِ عمِّي؟

قلنا: لا يُحملُ هذا على مولى المولاة؛ لأنه عقدٌ ثابتٌ باثنين لا ينفردُ واحدٌ بإثباته، ولا على معنى النَّاصر؛ لأن المولى لا

يستنصرُ بمملوكه عادةً، ولا على ابنِ العمِّ؛ لأن الكلامَ مفروضٌ في العبدِ المعروفِ نسبه.

ومما يلحقُ بالصَّريح: قوله: وهبناك لنفسك، أو بعثك لنفسك؛ لأن هذا يقتضي زوالَ الملكِ إلى العبدِ، فيعتقُ بلا نيَّة، ولا يتوقَّفُ

على قبوله. وأمَّا لو قال: بعثك نفسك بكذا؛ فإنَّه يتوقَّفُ على قبوله.

(لا بيا ابني، ويا أخي) هذا معطوفٌ على قوله: «بالكناية»، أي: لا يصحُّ العتقُ إذا نادى عبدهً بهذين اللَّفظين؛ لأن المولى

وصفه في هذا التَّداء بوصفٍ لا يمكنُ إثباته من جانبه في الحال، فعلم أنَّ مراده فيه مجرَّدُ الإعلام، ويُحملُ توصيفه على الإكرام، بخلاف

قوله: يا حرَّ؛ لأنه قادرٌ على إثبات الحرِّيَّة فيه، فعُلِمَ أنَّ مراده: استحضاره بتحقيق وصف الحرِّيَّة فيه.

(وقوله لمن) أي: لعبدٍ (لا يولد مثله لمثله) أي: مثلُ هذا العبدِ لمثلِ المولى؛ لكونِ العبدِ أكبرَ منه سنًا: (هذا ابني إعتاقًا)

عند أبي حنيفة. وقال: وهو قولُ الشافعيِّ: ليس بإعتاقٍ.

وعلى هذا الخلاف لو قال له: هذا أبي وجدِّي، وقيل: لا يعتقُّ في قوله: هذا جدِّي اتِّفاقًا؛ لأنَّ موجبُه في الملكِ إنَّما يثبتُ

بواسطة الأب، وهي غيرُ ثابتة، ولا يُصوَّرُ تصحيحُ كلامه في المعلوم.

وقيَّد بقوله: «لا يولد»؛ لأن العبدَ لو كان يولدُ لمثله؛ عتق عليه اتِّفاقًا، وثبت نسبه منه أيضًا إن كان مجهولَ النسب.

وفي «الكافي» للعلامة النسفيِّ: لا فرقٌ في هذا بين أن يكونَ جليبيًا أو مولدًا؛ لأن صحَّةَ دعوة المولى باعتبارِ الملكِ وحاجة

المملوكِ إلى النسب.

وفي «الكفاية»: إنما يصح إذا كان جليلاً غير ثابت النسب؛ إذ لو كان ثابت النسب في مولده لا يثبت نسبه من المولى. لهم: إن هذا الكلام لغو؛ لاستحالة موجبه، فصار كقوله: أعتقتك قبل أن تخلق، بخلاف ما إذا كان معروف النسب، ويولد لمثله؛ لإمكان توجيه كلامه بأن يكون العبد مخلوقاً من مائه بالوطء عن شبهة، ولكن نسبه أشهر من الغير، فثبت به ما احتاج إليه المملوك، وهو الحرية، ولم يثبت ما استغنى عنه، وهو الجزئية.

وله: إن الحرية من لوازم النسب في الملك، والإقرار بالشئ إقرار بلوازمه، فكأنه قال: هو ابني وحر، فيلغو من كلامه ما يستحيل، وهو البتة، ويُعتبر ما لا يستحيل، وهو الحرية، وليس هذا كقوله: أعتقتك قبل أن تخلق؛ لأن الإعتاق قبل الخلق إعتاق قبل الملك، فيستحيل بالكلية.

وعلى هذا الخلاف لو قال لعبد: هذه بنتي. وقيل: لا يعتق فيه اتفاقاً؛ لأن المشار إليه ليس من جنس المسمى، فالحكم يتعلق بالمسمى، وهو معدوم.

وفي «الذخيرة»: لو قال لغلامه: هذا عبي أو هذا خالي؛ يعتق، ولو قال: هذا أخي؛ لا يعتق في ظاهر الرواية؛ لأن اسم الأخ مشترك يطلق على المتحد في الدين، كقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ﴾ [الحجرات، 10/49]، وعلى المتحد في القبيلة، كقوله تعالى: ﴿وَأِلَىٰ عَادِ أَخَاهُمْ هُودًا﴾ [الأعراف، 65/7؛ هود، 50/11]، والمشارك لا يكون حجّة بدون البيان.

لا يقال: البتة مشتركة أيضاً بين رضاع ونسب؛ لأن البتة من الرضاع مجاز، فلا يعارض الحقيقة.

هذا إذا ذكر الأخ مطلقاً، وإن قيده بقوله: لأبي وأمي؛ يعتق من غير تردّد. كذا في «الكفاية».

(ولو نواه) أي: المولى إعتاق أمته (بأنت طالق) أو سائر¹ ألفاظ الطلاق من الصريح والكنية؛ (لا نحكم به) أي: بعناقها. وقال الشافعي: يعتق؛ لأن كلاً من الطلاق والعناق لإزالة نوع الملك²، فيجوز أن ينوي العناق من الطلاق كما جاز نية الطلاق من³ العناق في قوله لامرأته: أنت حرّة.

ولنا: إن الطلاق موضوع لإزالة ملك المتعة، وزواله لا يكون سبباً لإزالة⁴ ملك الرقبة، ولا يجوز أن ينوي من الطلاق العناق، وأمّا جواز إرادة الطلاق من العناق؛ فالأصل العناق لإزالة ملك الرقبة، وزواله يكون سبباً لزوال ملك المتعة.

وفي «الحقائق»: قيد بقوله: «نوى»؛ إذ عند عدم النية لا يعتق اتفاقاً.

وإنما وضع في العتق؛ إذ لو قال لامرأته: أنت حرّة، ونوى به الطلاق؛ تطلق اتفاقاً⁵.

(ولو قال: أنت مثل الحر؛ لم يعتق) بلا نية؛ لأن المماثلة لا تستدعي⁶ الشركة من جميع الوجوه.

(أو ما أنت إلا حر؛ عتق) لأن في هذا القول إثبات الحرية بطريق الحصر.

(وقوله: عبيد أو حماري حر إعتاق) للعبد عند أبي حنيفة. وقالوا: ليس بإعتاق؛ لأن كلمة «أو» للشك في غير الطلب، فلا يعتق غير المعين، كما في قوله لعبد: هذا حر أو هذا.

وله: إن الحمار ليس بمحل للحرية، فصار ذكره لغواً، كما لو قال: علي ألف أو علي هذا الحمار، فتعين العبد للحرية، وكلمة «أو» إنما يوجب الشك إذا دخل بين شيئين صالحين للحكم.

(ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه) سواء كان المالك مسلماً أو كافراً، صبيّاً أو مجنوناً.

(ولا نخص الولاد) وقال الشافعي: هذا الحكم مختص بما إذا ملك الأصل الفرع وإن سفلوا، والفرع الأصل وإن علوا.

قيد بالرحم؛ لأن المحرم بلا رحم كانه من الرضاع لا يعتق عليه اتفاقاً.

وقيد بالمحرم؛ لأن ذا الرحم بدونه كابين العم لا يعتق عليه اتفاقاً.

له: إن العتق على المالك من أقوى الصلوات، فيختص بأقرب القرابات، وهو الولاد؛ لثبوت الجزئية فيه.

1 د: بسائر.

2 د: ملك.

3 د: عن.

4 د: لزوال.

5 د - وإنما وضع في العتق...

6 ح: يستدعي.

ولنا: قوله صلى الله عليه وسلم: «من ملك ذا رحمٍ محرمٍ عتق عليه»¹.

(ومن أعتق لغير الله) كالشيطان والصنم، (أو كان مكرهاً، أو سكراناً؛ عتق) لأن العتق صدر من أهله مضافاً إلى محلّه، فيعتبر، فيلغو تسمية جهته، وأما إعتاق المكره أو السكران؛ فكطالهما مرّ بيانه في باب الطلاق.

(ولو أعتق الأمّ؛ عتق حملها) لأنه كالجزء منها، فيعتق تبعاً لها. (ولا ينعكس) أي: لو أعتق الحملَ خاصّةً؛ عتق؛ لأنه كالمفصل فيما ينفعه، ولهذا يستحقّ الوصيّة والإرث، ولا تعتق الأمّ؛ لأن العتق لم يقع عليها قصدًا، ولا وجه لإيقاعه عليها تبعًا؛ لأنّها متبوعة، ولو جعلت تبعًا لتبعها؛ لزم قلب الموضوع. وإنّما يعرف قيام الحمل إذا ولدت لأقل من سنّة أشهرٍ من وقت الإعتاق، وإن ولدت لأكثر منه؛ لم يعتق، إلا أن تكون معتدّة عن طلاقٍ أو وفاة، فتلد لأقل من سنتين من وقت الفراق، فيعتق الحمل وإن كان لأكثر من سنّة أشهرٍ من وقت الإعتاق؛ لأنه ثبت نسبه منه، ومن ضرورته وجوده وقت الإعتاق. كذا في «التبيين».

ولو أعتق الحمل على مال؛ صحّ ولا يلزمه المال؛ لأنه ليس بأهلٍ للإلزام عليه. وأما هبة الحمل ويبيعه؛ فإنّما لم يصحّ؛ لكون القدرة على التسليم شرطاً فيهما، والإعتاق إسقاط، فلا يشترط² القدرة عليه، ولهذا صحّ إعتاق الأبى.

(ويتبع الولد الأمّ مطلقاً) أي: في الحرّيّة، والرقية. وهي الذلّ. شرع جزاءً على الكفر وأميّة الولد والتدبير والكتابة، إنّما رجح ماء الأمّ؛ لأن ماءها مستقرّ في موضعه، وماء الأب غير معلوم. (إلا من المولى) يعني: إذا ولدت الأمة من سيدها؛ يعتق عليه؛ لأن ماءها مملوك له، وأما ماء أمة الغير؛ فمملوك لسيدها، فيعارض ماء الأب، فيرجح ماء الأمّ لِمَا ذكرنا، وولد الحرّ المغرور مستثنى من هذا الحكم، سبق بيانه في باب التكاثر.

(ولو ولدت المكاتبه بنتاً، وهي أخرى) أي: ولدت تلك البنت بنتاً أخرى، (فأعتق) المولى البنت (الوسطى؛ فالسفلى حرّة تبعاً) للوسطى عند أبي حنيفة. وقال: لا تعتق السفلى.

قيّد بإعتاق الوسطى؛ لأن إعتاق العليا يوجب إعتاق الوسطى والسفلى اتّفاقاً؛ لأنّهما تبعان للعليا، ولهذا تسعيان³ في كتابتها، وإعتاق السفلى لا يوجب إعتاق ما فوقها اتّفاقاً.

لهما: إنّ السفلى إنّما هي تبع للعليا؛ لأن الوسطى تبع لها، والتبع لا تكون متبوعة، فلا تعتق السفلى بإعتاق الوسطى. وله: إنّ السفلى تبع الوسطى؛ لأنّها متفرعة عنها بلا واسطة، وتبع للعليا بواسطة، فتعتق بعنق كلّ واحدةٍ منهما، والتبع جاز أن يكون أصلاً للآخر، كخبر الواحد، فإنّه تبع للكتاب وأصل للقياس.

(ولو قال) أي: المولى لأتمته: (أول ولدٍ تلدينه حرّ، فأنت به ميّتا) ثمّ ولدت ولدًا حيًّا؛ (فالثاني الحيّ حرّ) عند أبي حنيفة. وقال: ليس بحرّ؛ لأن أول الولد لم يقبل العتق لكونه ميّتا، فلا يعتق الحيّ؛ لأنه وُلِدَ ثانيًا.

وله: إنّ الحرّيّة لا تحلّ إلا في الحيّ، فصار كأنّه قال: أول ولدٍ تلدينه حيًّا فهو حرّ. وضع في حرّيّة الولد؛ لأنه لو قال لأتمته: إذا ولدت ولدًا فأنت حرّة؛ تعتق بالولد الميت اتّفاقاً. من «الحقائق».

(وإذا خرج عبدٌ إلينا) أي: إلى دار الإسلام من دار الحرب (مسلمًا؛ عتق) لقوله صلى الله عليه وسلم في عبدة الطائف حين خرجوا إليه مسلمين: «هم عتقناؤ الله»⁴.

(وإعتاق حرّبيّ مثله) أي: عبده الحرّبيّ (ثمّة) بفتح التاء المثناة وتشديد الميم، أي: في دار الحرب (باطلًا) عند أبي حنيفة (ما لم يُخلّ عنه) على صيغة المجهول من التخلية، أي: ما لم يزل الحرّبيّ يده عن عبده. وقال: يعتق.

قيّد بالحرّبيّ؛ لأن الذميّ لو أعتق عبده يعتق اتّفاقاً. وقيّد بالمثل؛ لأنه لو أعتق عبدًا مسلمًا أو ذميًّا يعتق اتّفاقاً.

وقيّد بقوله: «ثمّة»⁵؛ لأن المستأمن لو أعتق في دارنا عبدًا حرّبيًّا؛ عتق⁶ اتّفاقاً، خلّى سبيله أو لم يخلّه في الصُّور الثّلاث كلّها.

¹ سنن أبي داود، العتق 7؛ سنن الترمذي، الأحكام 28؛ سنن ابن ماجه، العتق 5. وفيه «فهو حر» مكان «عتق عليه».

² د: تشتط.

³ د: يسعيان.

⁴ سنن أبي داود، الجهاد 126؛ السنن الكبرى للبيهقي، 229/9. ليس فيه ذكر أهل الطائف، بل قاله صلى الله عليه وسلم يوم الحديبية. وأخرج البيهقي بإسناد

منقطع طلب أهل الطائف رقيتهم، انظر: السنن الكبرى للبيهقي، 229/9؛ 308/10.

⁵ ح: ثم.

⁶ د: يعتق.

وقيد بعدم التخلي؛ لأنه لو خلاه يعتق اتفاقاً.

وفائدة الخلاف: أنه إذا أسلم وهذا العبد في يده؛ فهو عبده عند أبي حنيفة، وعندهما هو حرٌّ.

لهما: إنَّ الحرِّيَّ أهلٌ للإعتاق، والعبدُ محلُّه، فيصَحُّ إعتاقُه، كإعتاقِ المستأمنِ عبده الحرِّيَّ في دارنا.

وله: إنَّ الإعتاقَ إزالةٌ، وللحرِّيِّ استيلاءٌ تامٌّ عليه بكونه في يده في دار الحرب، وهو سببٌ لملكه، وقائمٌ بعد الإعتاق ما دام العبدُ في يده، فلا يصحُّ إعتاقُه؛ لوجود سبب الملك بعده، بخلاف ما إذا كان العبدُ مسلماً، فإنَّ الاستيلاءَ التامَّ زائلٌ عنه؛ لأنَّ المسلمَ ليس بمحلٍّ لورود الاستيلاء عليه وإن كان في دار الحرب، وكذا إذا أعتق المستأمنُ عبده الحرِّيَّ في دارنا؛ لا يكون استيلاءً عليه تاماً؛ لأنَّ دارنا دارُ العصمة، فيصَحُّ إعتاقُه.

(ولو خرجا مسلمين) أي: الحرِّيُّ بعدما أعتق عبده الحرِّيَّ وخلاه لو خرجا إلى دارنا مسلمين؛ **(يجعلُ)** أبو يوسف **(ولاءه له)** أي: لمن أعتقه في دار الحرب؛ لأنَّ سببه ووجد منه، كما لو أعتق الحرِّيَّ عبده المسلم، ثمَّ خرجا مسلمين. وقالوا: لا ولاءَ له؛ لأنَّ العبدَ الحرِّيَّ ما دام في الحرب لا يلزمه أحكامُ الإسلام، ولزومُ الولاء من أحكامه، فإذا خرج إلينا؛ فقد خرج ولا ولاءَ عليه، فلا يثبتُ بعده، بخلاف ما لو كان العبدُ مسلماً؛ لأنَّ كثيراً من أحكام الإسلام يلزمه في دار الحرب، فجاز أن يلزمه الولاءُ، فيستمرُّ عليه بعد الخروج.

(ولو أدخل المستأمنُ عبداً مسلماً) اشتراه في دارنا **(إلى دار الحرب)** و«إلى» هذه بمعنى (في). **(فهو معتقٌ بغير ولاءٍ)** عند أبي حنيفة. وقالوا: لا يعتق.

(وكذا) أي: كذا الخلافُ **(لو أسلم ثمّةً) أي:** عبدُ الحرِّيَّ في دار الحرب، **(فباعه من مسلمٍ أو حرِّيٍّ).**

قيد بالبيع؛ لأنه لو لم يبعه بعد إسلامه؛ لا يعتق اتفاقاً، ولو غنمه المسلمون يعتق اتفاقاً؛ لأنه يقوى بهم وقهر مولاه، فصار كالخروج إلى دار الإسلام.

هذا هو المذكورُ في «شرح الجامع الصغير» لفاضي خان، وذكر في «شرح الطحاوي»: إنَّ الحرِّيَّ لو عرَّضَ عبده المسلمَ على البيع؛ يعتق وإن لم يبعه؛ لأنه بالعرَّض كان راضياً بزوال ملكه عنه، فأقيم رضاؤه به مقام المزيل.

قال بعضُ مشايخنا: هذا هو الصحيحُ؛ لأنه لو عتق بعد ثبوت الملك للمشتري؛ يكون ضرراً في حقِّ المسلم المشتري بزوال ملكه بدون إزالته، وإذا علم أنه حرٌّ بالعرَّض يُجعلُ ما أعطاه فداءً وتخليصاً له من يد الكافر، فلا يلحقه ضررٌ.

لهما في المسألتين: إنَّ العتقَ إنَّما يثبتُ بإعتاق المولى أو باستيلاء العبد على مولاه، ولم يوجد ههنا، فلا يعتق.

وله فيهما: إنَّ المسلمَ كان مستحقاً للإزالة عن ملك المستأمن، وزوال ملكه عنه كان ممكناً بالجبر على البيع في المسألة الأولى، وبإعتاقه في المسألة الثانية، فلما تعدَّد ذلك في الأولى بدخوله في دار الحرب، وفي الثانية بالبيع؛ تعيَّن العتق بأن يكون طريقاً لإزالته، كما مرَّ الحرِّيَّ إذا أسلمت في دار الحرب بانث ثلاثٍ حيضٍ بدون التفريق.

(ولو أعتقه على مالٍ، فقبِل؛ عتق) في الحال.

قيد بقبول العبد؛ لأنه معاوضةٌ، ومن شرطها القبول في الحال.

(ولزمه) المالُ على المعتق ديناً عليه حيثُ يصحُّ الكفالة به، بخلاف بدل الكتابة حيثُ لا يصحُّ الكفالة به؛ لأنَّ المكاتبَ عبدٌ ما دام يسعي، والمولى لا يستوجب على عبده ديناً، إلا أنَّ عقدَ الكتابة ثبت على خلاف القياس، فلا يكون بدلُ الكتابة ديناً مطلقاً، فلهذا لا يصحُّ الكفالة به.

(أو علَّقه بأدائه) يعني: لو علَّق العتق بأداء العبد، كأن قال: إن أديت إليَّ ألفاً فأنت حرٌّ، **(صحَّ)** تعليقه، فيعتق عند الأداء، **(وصار مأذوناً) في التجارة؛** لأنَّ أداءَ المالِ إنَّما يكون بها. **(وإذا أحضره) أي:** العبدُ المألَّ **(أجبرناه على القبول) أي:** المولى على قبول المال. وقال زفر: لا يجبرُ عليه، وهو القياسُ؛ لأنَّ هذا تعليقُ العتق بالأداء، فكان يميناً، فلم يحتمل الفسخ، ولم يتوقَّف على قبول المولى.

ولنا: إنَّه تعليقُ ابتداءٍ ومعاوضةٍ انتهاءً، وبهذا الاعتبار يجبُ المولى على قبوله، وهو نظيرُ الهبة بشرط العوض هبةً ابتداءً وبيعٌ انتهاءً كما مرَّ ببيان.

فإن قيل: كيف يُجعلُ هذا التعليقُ معاوضةً، والمالُ والرَّقبةُ كلاهما ملكٌ للمولى؟

قلنا: لَمَّا صار كالمكاتب انتهاءً؛ جعل العبدُ أحقَّ بالمال قبيل الأداء اقتضاءً.

وأما إذا أذى بعضه؛ فكذا يُجبر على قبوله، لكن لا يعتق حتى يؤدِّي الكَلَّ. كذا في «الإيضاح». وذكر في «مبسوط شيخ الإسلام»: إنَّه لا يجبر على قبول البعض؛ لأنه إنَّما جعل كالمكاتب إذا عتق عند أداء الجميع، فلا يصير كالمكاتب قبله.

(ويجعلُ التعلُّقَ بحرفِ إنْ كإِذا ومَتى) أي: قال أبو يوسف: إذا قال لعبده: إنْ أَدَيْتَ إِلَيَّ أَلْفًا فَأَنْتَ حُرٌّ؛ لا يقتصرُ أدَاؤُهُ على المجلس، كما لو قال: إذا أَدَيْتَ لَمْ يقتصِرِ اتِّفَاقًا. **(حتى لو باعه)** أي: المولى ذلك العبد الذي علَّقَ عتقَهُ بأدائه، **(ثم اشتراه، فأحضره)** أي: العبدُ المأل؛ **(يأمر)** أبو يوسف **(بإجباره)** أي: بإجبار المولى على قبوله. وقال: يقتصرُ معنى الإِجبار هنا وفي سائر الحقوق أنَّ العبدَ إذا أحضر المأل بحيث يتمكُّن المولى من قبضه، وخلَّى بينه وبين المولى؛ أنزل المولى قابضًا. كذا في «المصنف». فإن أذى الألف في المجلس الذي وُجِدَ التعلُّقُ فيه؛ عتق، وإلا فلا.

وفي «الإيضاح»: لو أذى العبدُ الألفَ من مال المولى؛ عتق لوجود الشَّرط، فيرجع المولى عليه بها؛ لأنَّ العوَضَ لم يسلم له.

له: إنَّ هذا تعلُّقٌ لا يبطلُ بتبدُّل المجلس، كالتعلُّقِ بإذا ومَتى.

ولهما: إنَّ هذا معاوضةٌ انتهت، وفي المعاوضة معنى التَّمليك، والتَّمليكاتُ تقتضي جوابًا في المجلس، وقبوله لم يكن شرطًا، ففعلُ أدَاؤُهُ جوابًا له، بخلاف «متى» و«إذا»؛ لأنَّهما لعموم الأوقات، فلاقتصارُ على المجلس ينافي ذلك.

(أو على أن يخدمه سنة) أي: إذا قال لعبده: أنت حُرٌّ على أن تخدمني سنةً، فقبِل العبدُ، فعتق، **(ثم مات)** أي: العبدُ قبل أن يخدمه سنةً. **(أو على قدرٍ من الخمر)** هذه مسألةٌ أخرى، يعني: إذا عتقَ الذمِّي عبده الذمِّي على مقدارٍ معيَّنٍ من الخمر، فقبِل العبدُ، فعتق، **(فأسلم أحدهما؛ رجع في تركته)** يعني في المسألة الأولى: رجع المولى بقيمة العبد في تركته، **(وعليه)** أي: رجع المولى على العبد في المسألة الثانية **(بقيمة نفسه)** عند أبي حنيفة وأبي يوسف. **(وحكم)** محمَّدٌ **(بقيمة خدمته)** في المسألة الأولى، **(ومقدارها)** أي: وبقيمة مقدار الخمر في المسألة الثانية.

أقول: لو قال: فأسلم أحدهما حَكَمَ بأن يرجع قيمة خدمته في تركته، ومقدارها عليه لا بقيمة فيها؛ لكان قولُهما مبنيًا بالإرداف، لا بصيغة الوفاق.

وفائدةُ الخلاف تظهَرُ فيما اختلفت قيمةُ العبد وقيمةُ الخدمة.

له: إنَّ البدلَ لَمَّا تعدَّرَ تسليمُهُ؛ وجب المصيرُ إلى قيمته، كما لو تزوَّج امرأةً على عبد الغير.

ولهما: إن المولى إنَّما رضي بزوال ملكه إذا حصل له الخدمةُ أو الخمرُ، فلما فاتت؛ وجب ردُّ العبد إلى ملكه، وقد تعدَّرَ ذلك بالعتق، فيرجع بقيمته، كما لو اشترى أباه بعبدٍ، ثم مات العبدُ قبل التَّسليم؛ فعليه قيمةُ الأب، لا قيمةُ العبد.

(فصل في العبد يعتق بعضه)

(والإعتاقُ) يعني: المحلُّ في قبول حكم الإعتاق **(يتجزأ)** عند أبي حنيفة. وقال: لا يتجزأ.

إنَّما فسَّرنا الإعتاق بما ذكرنا؛ لأنَّ نفسَ القول الذي هو علَّةٌ أو حكمَةٌ لا يتجزأ اتِّفَاقًا.

قَبِدَ بالإعتاق؛ لأنَّ العتق والرَّقَّ لا يتجزآن اتِّفَاقًا.

وعلى هذا الخلاف: التَّدبيرُ؛ لأنه من جنس الإعتاق.

لهما: إنَّ الإعتاقَ عبارةٌ عن إثبات العتق، وهو القوَّةُ الحكميَّةُ من إثبات المالكِيَّة والشَّهادة والولاية، ويلزمُ منه زوالُ الرِّقِّ؛ لأنه ضعفٌ حكميٌّ، والقوَّةُ لا يتجزأ؛ لامتناع أن يثبت لبعض الشَّخص قوَّةٌ حكميَّةٌ ولبعضه ضعفٌ حكميٌّ.

وله: إنَّ الإعتاقَ عبارةٌ عن إزالة الملك قصداً؛ لأنَّ الملكَ. وهو القدرُ على تصرف المحلِّ بالاختصاص. حقُّ المولى، وله ولايةٌ إزالةً حقِّه، لا ولايةٌ إزالةً حقِّ الشَّرع، وهو الرِّقُّ؛ لأنه شرعٌ جزاءً على الكفر، والملكُ متجزئٌ ثبوتًا كإشراء نصف مملوك، وزوالاً كبيع نصف مملوك.

(ومتعتق البعض يسعى في بقية قيمته) عند أبي حنيفة. وعندهما والشافعي: لا يسعى، بل يعتق كلُّه؛ لقوله صلى الله عليه وسلم:

«من أعتق شَقِصًا من عبدٍ؛ فهو حُرٌّ كلُّه»¹.

¹ صحيح البخاري، الشركة، 14؛ صحيح مسلم، العتق 1 بمعناه. وهذا اللفظ للشيباني في موطأ مالك تحت هذا الحديث المرفوع.

(وهو) أي: معتق البعض الذي يسعى في إعتاق أحد الشريكين للآخر (كالمكاتب) عنده؛ لأن الإعتاق متجز، وماليّة بعض العبد احتبس عند، فيسعى لفك رقبته، كما يضمّن صاحب الثوب قيمة الصبغ إذا ألقاه الرّيح فيه؛ لاحتباس ماليّة الصبغ عنده. (وقالا): كالحِرّ المديون) لأن الإعتاق غير متجزّ عندهما، فإعتاق البعض عتق كلّ.

اعلم أنّ «في» في قوله: «يسعى في قيمته» بمعنى «عن»، يعني: يسعى لأجل فكك رقبته، قيّد به؛ لأن الساعي لا لأجله يكون حُرّاً مديوناً اتّفاقاً، كالعبد المرهون إذا أعتقه الراهن وهو معسر، فإنّه يسعى في بدل رقبته الذي لزمه بالعتق. وكذا الخلاف في معتق الكلّ إذا كان يسعى لأجل فكك رقبته، كالعبد المديون إذا أعتقه مولاه في مرض موته، فإنّه كالمكاتب عنده، وكالحِرّ المديون عندهما. كذا في «الكافي».

(وإذا أعتق أحد الشريكين نصيبه، وهو) أي: والحال أنّ المعتق (موسر) والمعتق في يساره: أن يقدر على قيمة نصيب شريكه فاضلاً عن ملبوسه ونفقة نفسه وعياله في يومه، (فلاّخر) أي: للشريك الآخر عند أبي حنيفة (أن يعتق) نصيبه إن شاء؛ لأن الإعتاق متجزّ عنده، فنصيبه مملوك له، (أو يضمّن) شريكه؛ لأن نصيبه فسد بإعتاق شريكه حيث امتنع عليه تمليكاً من غيره، فصار جانياً على نصيبه، (أو يستسعي) أي: يطلب سعاية العبد له في قيمة نصيبه؛ لأن ماليّة نصيب الشريك الآخر احتبس عند كما مرّ، وفي صورة التّضمين يرجع المعتق ما ضمنه على العبد؛ لأنه ملكه بأداء الضّمان، فصار كأنّ الكلّ كان له، فأعتق بعضه، فيثبت له ولاية استسعائه، فيكون الولاية كلّ للمعتق، وفي صورة الإعتاق والاستسعاء يكون الولاية بينهما. (واليسار لا يمنع السعاية) عند أبي حنيفة.

(أو معسر) عطف على «موسر»، أي: إن كان المعتق معسراً؛ (فله) أي: للشريك الآخر عند أبي حنيفة (أن يعتق أو يستسعي). وقالوا: له الضّمان مع اليسار) أي: للشريك الآخر تضمين المعتق إذا كان موسراً، (والسعاية مع الإعسار) أي: له أن يستسعي العبد إذا كان المعتق معسراً، وليس له أن يعتق نصيبه؛ لأن الإعتاق غير متجزّ عندهما، وليس له أيضاً أن يضمّن المعتق؛ لأنه صلى الله عليه وسلم قال: «من أعتق شقّصاً من عبد بينه وبين شريكه؛ فوّم عليه نصيب شريكه، فيضمّن إن كان موسراً، ويسعى العبد إن كان معسراً»¹، قسم النبي صلى الله عليه وسلم، وعيّن الضّمان للموسر والسعاية للمعسر، والشركة ينافي القسمة.

اعلم أنّ اليسار والإعسار معتبر يوم الإعتاق، حتى لو أعتق وهو موسر، فأعسر؛ لا يبطل التّضمين، وإن كان معسراً فأيسر؛ لا يثبت له حقّ التّضمين.

(ولو شهد كلّ منهما) يعني: أقرّ كلٌّ من الشريكين (على الآخر بالعتق) أي: على الشريك الآخر بأنّه أعتق نصيبه، فأنكر كلٌّ منهما على صاحبه، فحلف؛ (فالعبد يسعى) عند أبي حنيفة (في نصيب كلّ منهما) أي: لكلّ منهما يسعى في نصيبه (مطلقاً) أي: سواء كانا موسرين، أو معسرين، أو أحدهما موسراً والآخر معسراً؛ لأن كلّاً منهما يزعم أنّ صاحبه أعتق نصيبه، فكان كالمكاتب، وحرّم عليه استرقاقه، فيصدّق كلّ منهما في حقّ نفسه، فتعيّن السعاية.

لهما: لأنّ كلّاً منهما إن كان صادقاً كان كالمكاتب؛ لكون الإعتاق متجزّاً عنده، وإن كان كاذباً؛ يكون كسبه للمولى، وهذا هو المراد من الاستسعاء، وإنّما لم يجب التّضمين إذا كانا موسرين أو أحدهما موسراً؛ لإنكاره الإعتاق.

(وقالا: إن كانا معسرين) سعى² لهما؛ لأن كلّاً منهما يدعي السعاية على الآخر، فيصدّق في حقّ نفسه، (أو أحدهما) أي: إن كان أحدهما معسراً والآخر موسراً؛ يسعى للموسر لا للمعسر؛ لأنّ الموسر يدعي عليه السعاية، والمعسر يدعي عليه الضّمان، فيثبت السعاية؛ لأنّها متعيّنة، صدّق كلّ منهما أو كذب، ولا يثبت الضّمان؛ لإنكار سببه. (لا موسرين) أي: إن كانا موسرين؛ فلا سعاية لهما؛ لأن اليسار يمنع السعاية عندهما، ولا ضمان على شريكه؛ لأنه ينكر سببه.

(والولاية لهما) عند أبي حنيفة؛ لأن كلّاً منهما يقول: عتق نصيب شريكي بإعتاقه، وولاه له، وعتق نصيب السعاية، وولاه لي، فيكون الأمر في حقهما على ما اتّفقا عليه. (وقالا: موقوف) أي: الولاية موقوف إلى أن يصدّق أحدهما الآخر؛ لأن كلّاً منهما نفي الولاية عن نفسه وأثبتته لصاحبه؛ لزعمه أنّه هو المعتق، فيتوقّف إلى أن يتّفقا على إعتاق أحدهما.

(وشهادتهما) أي: شهادة الشّاهدين (على الشريكين الحاضر بعق الغائب) أي: بأنّ الشريك الغائب أعتق (نصيبه) من هذا العبد المشترك، والعبد يدعيه، والحاضر ينكره (مردودة) عند أبي حنيفة، فلا يقضى بها على الحاضر المنكر؛ لأن الإعتاق متجزّ، فكانت

¹ لم نجد بهذا اللفظ، وأقرب منه انظر: العناية للبارتري، 8/421؛ البناء للعيني، 10/20.

² د: يسعى.

³ د: موسر.

هذه شهادة على الغائب، والقضاء على الغائب غير جائز. وقالوا: مقبولة؛ لأن الإعتاق غير متجزئ، فكانت هذه شهادة على عتق نصيب الحاضر، فيقضَى بها.

(وإذا اشتريا) أي: الرجلان الشريكان (ابن أحدهما) عتق نصيب الأب، (فنصيب الآخر غير مضمون على الأب) عند أبي حنيفة (مطلقاً) أي: سواء علم أنه ابن شريكه أو لم يعلم. وقالوا: يضمن.

وتقيد بالشراء وهو فعل اختياري إشارة إلى أن الخلاف كذلك فيما إذا ملكاه بالهبة أو الصدقة أو الوصية، واحترازاً به عما إذا ملكاه ملكاً جبرياً كالوراثة، فلا ضمان فيه اتفاقاً.

وتقيد بشرائهما؛ لأنه إن بدأ الأجنبي، فاشترى نصفه، ثم اشترى القريب نصفه وهو موسر؛ فله التضمين اتفاقاً. وتقيد بالابن إشارة إلى أن الخلاف كذلك فيما إذا ملكا ذا رحم محرم من أحدهما، واحترازاً عما إذا ملكا ابن عم أحدهما، فإنه لا يعتق، ولا يكون مضموناً اتفاقاً.

وتقيد بنصيب الآخر؛ لأن نصيب الأب عتق اتفاقاً؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «من ملك ذا رحم محرم عتق عليه»¹. **لهما:** إن شرى القريب إعتاقاً، ولهذا يتأذى به الكفار، فصار بالشراء مبطلاً نصيب شريكه، فيضمن سواء علمه أو لا. **وله:** إن الرضا بالشراء الذي هو علته العتق يكون رضاً بحكمه، فصار كأن الشريك الآخر أذن له بأن يعتق نصيبه من ابنه. **(وكذا إذا ورثاه)** يعني: كذا لا يضمن إذا ورث الرجلان ابن أحدهما، كما إذا تزوج رجل أمة ابن عمه، فولدت ولدًا، ثم مات سيدها، فورثه زوجها وابن عم آخر له، فإن الولد يعتق على أبيه، ولا يضمن أبوه لشريكه وإن كان موسراً. **(وللشريك العتق أو السعاية)** عند أبي حنيفة في صورتى الشراء والإرث. **(وضمناه)** أي: أمر الإمامان بضمن المعتق نصيب شريكه **(في الشراء مع اليسار، واستسعي مع الإعسار)**.

تقيد بقوله: «في الشراء»؛ لأن الأب المعتق لا يضمن في صورة الإرث اتفاقاً. فإن قلت: ثبوت العتق أو السعاية للشريك كان معلوماً مما سبق من أن الثابت عند أبي حنيفة للشريك التضمين أو العتق أو السعاية، وفي هذه المسألة لَمَّا نفى التضمين عنه؛ عُرف أن الثابت له العتق أو السعاية، وكذا كون التضمين عندهما مختصاً باليسار والسعاية بالإعسار كان معلوماً مما سبق، فأى حاجة إلى ذكرهما؟ قلت: ذكرهما إشارة إلى أن الأصلين السابقين لأبي حنيفة وصاحبيه غير مختصين بالإعتاق صريحاً، بل جاريان في الإعتاق الضممي أيضاً كما في هذه المسألة.

(ولو علناً) أي: الشريكان **(عتقه بشرطين متنافيين في محل واحد)** كما إذا قال أحدهما: إن جاء زيد غداً فأنت حر، وقال الآخر: إن لم يجرى زيد غداً فأنت حر، **(وجهل وجوده)** أي: وجود الشوط؛ **(عتق نصفه)** أي: نصف العبد مجاناً؛ لأن الواقع لا يخلو عن أحد الشترطين، **(وعليه السعاية)** عند أبي حنيفة **(في الباقي لهما)** أي: في التصف الباقي للشريكين **(مطلقاً)** أي: موسرين كانا أو معسرين أو كان أحدهما موسراً والآخر معسراً. **(ويوافق إن كانا معسرين)** أي: يوافق أبو يوسف أبا حنيفة في السعاية لهما في نصف قيمته إن كانا معسرين، **(لا موسرين)** أي: يقول أبو يوسف: لا يسعى لهما إن كانا موسرين؛ لأن اليسار عنده يمنع السعاية، **(ويأمر بها)** أي: أبو يوسف بالسعاية **(للموسر منهما في ربع قيمته)** لأن المعسر يدعى الضمان على شريكه، ويتبرأ من سعاية العبد، فتسقط حصته عنه، والموسر يدعى السعاية على العبد، فيسعى له في حصته. **(وأوجبها في كله)** أي: أوجب محمد السعاية في جميع قيمة العبد للشريكين **(إن كانا معسرين)** لأن المقضي عليه بسقوط نصف السعاية. وهو الذي تحقق شرطه. فلا يمكن القضاء على مجهول، فيسعى لهما، **(لا موسرين)** أي: لا يسعى لهما إن كانا موسرين. **(وأمر بها)** أي: محمد بالسعاية **(للموسر في نصفه)** أي: نصف العبد؛ لأن المعسر يتبرأ عن السعاية، والموسر يدعيها.

وضع في عبد واحد؛ إذ في عبيدين بأن حلف كل واحد بعتق عبد يملكه على حدة؛ لم يعتق واحد منهما اتفاقاً. من «الحقائق». **(ولو ادعى مشتربه)** أي: مشتري العبد **(أن البائع كان دبره، فأنكر)** البائع التذبير، **(ثم جنى العبد)** جناية موجبة للمال؛ **(فالحال موقوف)** عند أبي حنيفة؛ لأن موجب الجناية على المولى، وهو هنا مجهول، فيتوقف إلى أن يتبين المولى. **(وقالوا: يسعى)** العبد في موجب الجناية، وينظر إلى الأرش وقيمته، ويلزم أقلهما إن لم يكن له كسب، وإن كان له كسب يؤدي منه؛ فنفته² في كسبه

¹ سنن أبي داود، العتق 7؛ سنن الترمذي، الأحكام 28؛ سنن ابن ماجه، العتق 5. وفيه «فهو حر» مكان «عتق عليه».

² ح: ونفته.

اتِّفَاقًا يُحَالِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْمُشْتَرَى؛ لِإِقْرَارِهِ بِحَرْمَةِ¹ الْإِسْتِرْقَاقِ، فَإِذَا مَاتَ الْبَائِعُ؛ عَتَقَ نَظْرًا إِلَى ظَنِّ الْمُشْتَرَى، وَلَا يَعْتَقُ بِمَوْتِ الْمُشْتَرَى. مِنْ «الْحَقَائِقِ».

(ولو حلف بعته: إنَّ قَيْدَهُ رَطْلَانِ، وَأَنْ لَا يَحِلَّ) يعني: إِذَا قَيَّدَ رَجُلٌ عَبْدَهُ، ثُمَّ حَلَفَ، وَقَالَ: إِنْ لَمْ يَكُنْ وَزْنُ قَيْدِهِ رَطْلَيْنِ فَهُوَ حُرٌّ، ثُمَّ حَلَفَ ثَانِيًا، وَقَالَ: إِنْ حَلَّهُ هُوَ أَوْ غَيْرُهُ فَهُوَ حُرٌّ، (فَشَهَدَ اثْنَانِ أَنَّهُ) أَي: وَزْنَ قَيْدِهِ (رَطْلٌ، فَحَكَمَ بِهِ) أَي: حَكَمَ الْقَاضِي بِعَتَقِهِ بِشَهَادَتِهِمَا، وَإِنَّمَا لَمْ يَحِلَّ الْقَاضِي لِيَعْرِفَ وَزْنَ كَيْلًا يَلْحَقُ مِنَ الْقَاضِي ضَرْزٌ إِلَى الْمَوْلَى، وَإِذَا قَضَى بِعَتَقِهِ يَحِلُّ الْقَيْدُ كَيْلًا يَبْقَى الْحُرُّ تَحْتَ قَيْدِهِ. (ثُمَّ حَلَّ عَنْ رَطْلَيْنِ) أَي: ظَهَرَ أَنَّ قَيْدَهُ رَطْلَانِ حِينَ حَلَّ، (فَالضَّمَانُ عَلَيْهِمَا) أَي: يَجِبُ عَلَى الشَّاهِدَيْنِ ضَمَانٌ قِيَمَةُ الْعَبْدِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَ: لَا يَجِبُ عَلَيْهِمَا الضَّمَانُ.

قَيَّدَ بِشَهَادَتِهِمَا؛ لِأَنَّهِنَّ لَوْ لَمْ يَشْهَدَا، وَحَلَّ قَيْدَهُ؛ عَتَقَ الْعَبْدَ، وَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِمَا اتِّفَاقًا.

لهما: إِنَّ شَهَادَةَ الزُّورِ غَيْرُ نَافِذَةٍ بَاطِنًا، فَحَصَلَ الْعَتَقُ بِحَلِّ الْقَيْدِ، فَلَا يَضْمَنَانِ.

وله: إِنَّهَا نَافِذَةٌ بَاطِنًا، فَحَصَلَ الْعَتَقُ بِشَهَادَتِهِمَا، فَلَمَّا ظَهَرَ كَذِبُهُمَا يَضْمَنَانِ. وَسَيَأْتِي بَيَانُ الْخِلَافِ فِي شَهَادَةِ الزُّورِ فِي أَدَبِ الْقَاضِي.

اعلم أنَّ هَذِهِ الْمَسْأَلَةَ مُشْكَلَةٌ؛ لِأَنَّهِنَّ شَهِدَا بِأَنَّ وَزْنَ الْقَيْدِ رَطْلٌ، وَهُوَ شَرْطُ الْعَتَقِ، وَلَا ضَمَانَ عَلَى شَهَوْدِ الشَّرْطِ، وَلَنْ تُرْضَ أَنْتَهُمَا شَهِدَا بِأَنَّهُ عَلَّقَ عَتَقَهُ بِشَرْطِ كَاتِبٍ، فَيَكُونُ شَهَادَةٌ بِتَخْيِيرِ الْعَتَقِ، فَالْقَضَاءُ إِنَّمَا يَنْفُذُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ إِذَا لَمْ يَتَيَقَّنْ بِبَطْلَانِهِ، وَأَمَّا إِذَا تَيَقَّنَ بِهِ لَا يَنْفُذُ، كَمَا لَوْ تَيَقَّنَ أَنَّ الشُّهُودَ عَبِيدٌ أَوْ كِفَاؤٌ، وَهَذَا تَيَقُّنًا بِبَطْلَانِ قَوْلِهِمَا حِينَ كَانَ وَزْنُ الْقَيْدِ أَكْثَرَ مِنْ رَطْلٍ. كَذَا فِي «الْكَافِي».

(ولو حكم به بشهادتهما) أَي: إِذَا حَكَمَ الْقَاضِي بِعَتَقِ عَبْدٍ عِنْدَ دَعْوَاهُ بِشَهَادَةِ رَجُلَيْنِ، (ثُمَّ رَجَعَا) عَنْ شَهَادَتِهِمَا، (فَضْمَنَا) قِيَمَةَ الْعَبْدِ لِمَوْلَاهُ، (فَشَهَدَ آخِرَانِ بِهِ قَبْلَهُ) أَي: بَعَتَقَ ذَلِكَ الْعَبْدَ قَبْلَ وَقْتِ شَهَادَتِهِمَا، (فَهِيَ) أَي: الشَّهَادَةُ الثَّانِيَةُ (مَرْدُودَةٌ) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، فَلَا يَسْقُطُ عَنْهُمَا الضَّمَانُ. وَقَالَ: تَقْبَلُ، فَيَسْقُطُ الضَّمَانُ.

قَيَّدَ بِقَوْلِهِ: «قَبْلَهُ»؛ لِأَنَّهُ لَوْ شَهِدَا بِعَتَقِهِ بَعْدَهُ تَقْبَلُ اتِّفَاقًا، سِوَاةَ شَهِدَا قَبْلَ رُجُوعِ الْأَوَّلَيْنِ أَوْ بَعْدَهُ.

وهذه المسألة أيضًا فرعٌ مسألة نفاذ القضاء بالشَّهادة الزُّور² وعدمه، فعلى هذا يتحقَّقُ الخِلافُ فِي الْعَبْدِ وَالْأَمَةِ. وَقَالَ بَعْضُهُمْ: هَذِهِ فِرْعٌ اشْتَرَطَ الدَّعْوَى فِي الْعَتَقِ، بَيَانُهُ: إِنَّ الدَّعْوَى لَمْ يَوْجُدْ مِنَ الْعَبْدِ لِلتَّنَاقُضِ، حَيْثُ ادَّعَى الْعَتَقَ بَعْدَ هَذَا الْوَقْتِ عِنْدَ شَهَادَةِ الْأَوَّلَيْنِ، فَلَمْ تُقْبَلْ عِنْدَهُ، وَعَلَى هَذَا تَقْبَلُ فِي الْأَمَةِ فِي مَسْأَلَتِنَا اتِّفَاقًا³.

(ودعوى العبد لا الأمة في الشَّهادة بعته شرط) يعني: إِذَا شَهِدَ شَاهِدَانِ عَلَى رَجُلٍ أَنَّهُ أَعْتَقَ عَبْدَهُ، وَالْعَبْدُ وَالْمَوْلَى كِلَاهُمَا يَنْكَرَانِ ذَلِكَ؛ لَا تَقْبَلُ الشَّهَادَةُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَ: تَقْبَلُ.

وأما إِذَا شَهِدَا عَلَى عَتَقِ أُمَّتِهِ بَدُونَ دَعْوَاهَا؛ فَتَقْبَلُ اتِّفَاقًا؛ لِمَا فِيهَا مِنْ تَحْرِيمِ الْفِرْعِ، وَهُوَ حَقُّ اللَّهِ تَعَالَى، وَلَكِنْ لِكُونِهِ مُتَضَمِّنًا إِزَالَةَ حَقِّ الْعَبْدِ. شَرْطٌ فِيهِ الْعَدْدُ، وَلَمْ يَقْبَلْ خَيْرُ الْوَاحِدِ.

وفي «الْحَقَائِقِ»: قَدْ يَتَحَقَّقُ الدَّعْوَى حَكْمًا، بَأَنَّ يَقْطَعُ الْعَبْدُ يَدَ حُرٍّ، فَقَالَ الْحُرُّ: أَعْتَقْتُكَ مَوْلَاكَ قَبْلَ الْجَنَابَةِ، وَلِي عَلَيْكَ قِصَاصٌ، وَأَنْكَرَ الْعَبْدُ وَالْمَوْلَى ذَلِكَ؛ تَقْبَلُ بَيِّنَتُهُ، وَيَقْضَى بِعَتَقِهِ؛ لِأَنَّ دَعْوَى الْمَجْنُونِ عَلَيْهِ الْعَتَقُ قَامَ مَقَامَ دَعْوَى الْعَبْدِ حَكْمًا.

اعلم أَنَّ الشَّهَادَةَ بِلَا دَعْوَى أَحَدٍ مَقْبُولَةٌ فِي حَقِّ اللَّهِ؛ لِأَنَّ الْقَاضِيَّ يَكُونُ نَائِبًا مِنَ اللَّهِ، فَيَكُونُ شَهَادَةً عَنْ خَصْمٍ، فَتَقْبَلُ، وَغَيْرُ مَقْبُولَةٍ فِي حَقِّ الْعَبَادِ، وَهَذَا أَصْلٌ مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ، لَكِنَّ الْغَالِبَ عِنْدَهُمَا فِي عَتَقِ الْعَبْدِ حَقُّ اللَّهِ؛ لِأَنَّ سَبَبَ الْمَالِكِيَّةِ هُوَ الْحَرِيَّةُ يَتَعَلَّقُ بِهَا حَقُّ اللَّهِ مِنْ وَجوبِ الرِّكَاتِ وَالْجَمْعَةِ وَغَيْرِهِمَا، فَتَقْبَلُ بَدُونَ الدَّعْوَى، وَالْغَالِبُ عِنْدَهُ حَقُّ الْعَبْدِ؛ لِأَنَّ نَفْعَ الْحَرِيَّةِ عَائِدٌ إِلَيْهِ مِنَ مَالِكِيَّتِهِ وَخِلَاصِهِ مِنْ كُونِهِ مَبْتَدَلًا⁴ كَالْمَالِ، فَلَا تَقْبَلُ بَدُونَ الدَّعْوَى.

(وهي) أَي: الشَّهَادَةُ (عَلَى عَتَقِ أَحَدِهِمَا) أَي: عَلَى رَجُلٍ أَنَّهُ أَعْتَقَ أَحَدَ عَبْدَيْهِ، (أَوْ إِحْدَاهُمَا) أَي: إِحْدَى أُمَّتَيْهِ (مَرْدُودَةٌ) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَ: مَقْبُولَةٌ.

قَيَّدَ بِإِحْدَى الْأُمَّتَيْنِ؛ لِأَنَّ الشَّهَادَةَ بِطَلَاقِ إِحْدَى نِسَائِهِ مَقْبُولَةٌ اتِّفَاقًا، فَيَجِبُ الزُّوْجُ عَلَى الْبَيَانِ.

¹ د: لحرمة.

² د - الزور.

³ د - فعلى هذا يتحقق الخِلاف...

⁴ ح: متبدلاً.

وهذه المسألة فرغ المسألة السابقة؛ لأن الدعوى لمّا كانت شرطاً عنده وهي من المجهول لا يتصور؛ لم تقبل هذه الشهادة، ولمّا لم تكن شرطاً عندهما؛ قبّلاها.

وإنما لم يقبل أبو حنيفة الشهادة على إحدى أمتيه وإن كانت الدعوى ليست بشرط في عتقها؛ لأن عدم اشتراطها كان لتضمن عتقها تحريم الفرج، وهو حق الله، فالشهادة فيه مقبولة من غير دعوى كما في حد الزنا، والعتق المبهّم لا يوجب تحريم الفرج عنده؛ لأنه غير نازل قبل البيان لتعلقه به، والمعلّق بالشرط لا يوجد قبله، فيحلّ وطئه.

اعلم أنّ الخلاف فيما إذا شهدا على أنّه أعتق أحد عبديه في صحته، أمّا إذا شهدا على أنّه أعتق أحد عبديه في مرض موته؛ تُقبل استحساناً؛ لأن العتق المبهّم يشيخ فيهما بالموت حتى يعتق من كلّ واحد منهما نصفه، فيكون كلّ واحد خصماً، ولأنّ العتق في المرض وصيّة، فالقاضي خصم في تنفيذ الوصايا.

وفي «شرح الوافي»: لو شهدا بعد موته أنّه قال في صحته: أحدكما حرٌّ؛ فلا نصّ فيه، فقال بعض مشايخنا: لا تقبل، والأصح: أنّها تُقبل اعتباراً للشيوخ.

(ووطء إحداهما لا يكون بياناً) يعني: إذا قال لأمتيه: إحدكما حرّة، ثمّ وطئ إحداهما؛ لا يكون ذلك بياناً بأن الأخرى هي المعتقة عند أبي حنيفة. وقالوا: يكون بياناً.

قيد بالوطء؛ لأنه لو باع إحداهما بيعاً باتاً أو بالخيار، أو رهنها وسلّمها، أو أجرها، أو دبرها، أو كاتبها؛ يكون بياناً اتفاقاً؛ لأن نفاذ هذه التصرفات يستلزم قيام ملك اليمين، فصار كأنه صرح بأنها مملوكة.

اعلم أنّ الخلاف فيما إذا وطئ إحداهما ولم تعلق منه بولد، أمّا إذا علقته؛ كان بياناً اتفاقاً؛ لأنّها صارت أمّ ولده، واستحقت العتق مؤجلاً، فلما صحّ كونها أمّ ولد؛ انتفى العتق المنجز عنها ضرورة.

لهما: إنّ الوطء تصرف يختص بالملك، فإقداؤه عليه يكون بياناً دلالة، كما لو وطئ إحدى زوجتيه في الطلاق المبهّم.

وله: إنّ وطء الأمة استخدام؛ لأن المقصود منه قضاء الشهوة دون الولد، فوطئها لا يدلّ على استبقاء الملك فيها، بخلاف وطء المنكوحه؛ لأن المقصود منه الولد، وهو إنّما يحصل ببقاء التكاثر، فوطئها يدلّ على استبقائه¹ صيانة للولد عن الضياع.

(ولو قال لعبديه: أحدكما حرٌّ، ثمّ باع أحدهما، أو دبره، أو مات؛ عتق الآخر) لأنه بالبيع قصد الوصول إلى ثمنه، سواء كان البيع صحيحاً أو فاسداً، وبالتدبير قصد بقاء انتفاعه به إلى حين موته، وكلاهما ينافيان العتق، فتعيّن الآخر له دلالة. والعرض على البيع كالبيع في رواية عن أبي يوسف. وكذا لو وهبه وسلّمه؛ لأنه لمّا خرج عن ملكه لم يبق محلاً للعتق. كذا في «الهداية».

وذكر في «الكافي»: ذكر التّسليم في الهبة وقع اتفاقاً؛ لأن الهبة تصرف لا يصحّ إلا في الملك، والإقداؤه عليها يدلّ على إبقائه، فلا يتوقّف على القبض.

(أو أحدكما حرٌّ) أي: لو قال لعبدين من عبده: أحدكما حرٌّ، **(فخرج أحدهما)** وثبت الآخر، **(ودخل ثالث، فأعاد)** أي: قال: أحدكما حرٌّ، **(فمات مجهلاً)** أي: مات المولى قبل البيان **(أفتى)** محمد **(بربع الدّاخل)** أي: بعته. **(وهما بنصفه)** أي: صاحبه أفتيا بعته نصف الداخل. **(وعتق)** هذا معطوف على قوله: «أفتى»، يعني: عتق بالاتفاق **(نصف الخارج)** لأن الإيجاب الأوّل كان شائعاً بين الخارج والثابت، فيعتق من الخارج نصفه، **(وثلاثة أرباع الثابت)** لأن نصفه عتق بالإيجاب الأوّل. وإن كان المراد بالإيجاب الثّاني: الثابت عتق منه النصف الباقي، وإن كان الداخل؛ لا يعتق منه شيء، فالنصف الباقي لمّا عتق في حالٍ ولم يعتق في أخرى ينصف، فحصل للثابت منه ربع، فعتق ثلاثة أرباعه.

وجه قول محمد في الدّاخل: إنّ المراد بالإيجاب الأوّل إن كان الخارج؛ يصحّ الإيجاب الثّاني؛ لكونه دائراً بين عبدين، وإن كان الثابت؛ لا يصحّ الإيجاب الثّاني؛ لكونه دائراً بين حرّ وعبد، فإذا تردّد بين الصّحة والفساد؛ يفيد حرّية نصف رقبته بينهما، فأصاب الدّاخل نصف النصف، وهو الرّبع.

فإن قيل: ينبغي أن يعتق كلّ واحد، ولا يسعى في شيء؛ لأن الإعتاق لا يتجزأ عندهما.

قلنا: إنّ لا يتجزأ إذا صادف محلاً معلوماً، أمّا إذا ثبت بطريق التّوزع باعتبار الأحوال؛ فلا؛ لأنه حينئذٍ يثبت ضرورة، والثابت بها يتقدّر بقدرها.

¹ ح: استبقائه.

² د: فأعاده.

ولهما: إنَّ الإيجابَ الثَّانِي واقِعٌ بين العبدَيْن؛ لأنَّ العتقَ لم ينزل في الثَّابِت على التَّعْيِين، فيفِيدُ حرِيَّةَ رقبَةٍ كامِلَةٍ بين الدَّاخِلِ والثَّابِتِ، فيصِيبُ الدَّاخِلَ النِّصْفُ، وكان القِياسُ أن يعتقَ بالإيجابِ الثَّانِي النِّصْفُ الباقِي، إلاَّ أنَّه عتقَ منه الرُّبْعُ؛ لاستحقاقه النِّصْفَ بالإيجابِ الأوَّلِ، فما لاقى الحرِّيَّةَ بطلَ، وما لاقى الرِّقَّ صحَّ، فيتنصَّفُ ذلك النِّصْفُ، ولهذا يعتقُ بالإيجابِ الثَّانِي من الثَّابِتِ الرُّبْعُ. قيَّدَ بموتِ المولى؛ لأنَّه لو مات أحدُ العبيدِ قبلَ البيانِ؛ فالموثُ بيانٌ، فإن مات الخارِجُ؛ يعتقُ الثَّابِتُ بالإيجابِ الأوَّلِ لزوالِ المِزاحمِ، وبطلِ الإيجابِ الثَّانِي. وإن مات الثَّابِتُ؛ يعتقُ الخارِجُ بالإيجابِ الأوَّلِ، والدَّاخِلُ بالإيجابِ الثَّانِي؛ لأنَّ الثَّابِتَ يزاحمهما. وإن مات الدَّاخِلُ، فإن عنى به الخارِجُ؛ تعيَّنَ الثَّابِتُ بالإيجابِ الثَّانِي، وإن عنى به الثَّابِتُ؛ بطلَ الإيجابُ الثَّانِي.

(وإن قاله) أي: قال لفظ: أحدكما حرٌّ (في المرض) فمات قبل البيان؛ (قسم الثلث على هذا) أي: على قدر ما يصيبهم من سهام العتق؛ لأن العتق في المرض وصيةٌ، ولا¹ مزيد لها على قدر الثلث، فيقسم بينهم، وأقلُّ جزءٍ من سهامهم هو الرُّبْعُ، فيجعل كلُّ ربعٍ سهماً، فيكون للخارج والدَّاخِلُ أربعةُ أسهمٍ، وللثَّابِتِ ثلاثةُ أسهمٍ، فالمجموعُ سبعةٌ على قولهما، فيقدَّرُ كلُّ عبدٍ سبعةً، فصار المجموعُ أحدًا وعشرين، يعتق من الخارج سهمان، ويسعى في خمسةٍ، وكذلك الدَّاخِلُ، ويعتق من الثَّابِتِ ثلاثةً، ويسعى في أربعةٍ سهامِ السَّعْيَةِ، بلغت أربعةَ عشر، فاستقام الثُّلثُ والثلاثان. وعند محمدٍ: سهامُ الوصايا ستةٌ؛ لأنَّ حقَّ الدَّاخِلِ ربعٌ، فصار سهامُ السَّعْيَةِ اثني عشر، فاستقام الثُّلثُ والثلاثان أيضاً.

(ولو أعتق عبده الثلاث² في المرض وهم ماله) أي: والحال أن لا مال له غيرهم، فمات، ولم³ يجزِ الورثةُ عتقهم، (وقيمتهم سواءً؛ عتق من كلِّ) أي: من كلِّ عبدٍ (ثلثه، ويسعى في ثلثيه) أي: في ثلثي قيمته للورثة، (ولا تُفرِّغ) أي: في تعيين العتق لأحدهم. وقال الشافعيُّ: عتق واحدٌ منهم، ويقرُّ بينهم بأن يكتب أساميتهم في رِقاعٍ صغارٍ، ويخلطُ، ويغضِّي⁴ بثوبٍ، فيخرج⁵ واحدةً، فمن خرج اسمه حُكِمَ بعتقه؛ لأنَّ الإعتاقَ في مرض الموتِ وصيةٌ، ونفاذُها من الثُّلثِ، والواحدُ هو الثُّلثُ، وهو مبهمٌ، فتبيَّن بالقرعة، كما كان صلى الله عليه وسلم يقرع بين نسائه، فمن خرجت قرعتها سافر بها⁶.

ولنا: إنَّ العتقَ وقع على الكلِّ بالسَّوِيَّةِ، فلا يجوز حرمانُ بعضهم، بل يجبُ توزيعُ العتقِ بالسَّوِيَّةِ⁷، وقرعته صلى الله عليه وسلم كان لتطيب قلوبهن لا لتميز الحقِّ المستحقِّ بينهما؛ إذ لا حقَّ لهن في السَّفَرِ.

(ولو قال قنَّ أو مكاتبٌ ما سأملكه حرٌّ، فعنق⁸) أي: القنُّ والمكاتبُ، (فملكاً مملوكاً؛ فهو قنٌّ) أي: ذلك المملوكُ لا يعتق عند أبي حنيفة. وقالوا: يعتق؛ لأنَّ المعلقَ بالشَّرطِ كالمفوط عند وجود الشَّرطِ، فصار كأنَّه قال حين ملك عبداً بعد الحرية: أنت حرٌّ، فيعتقُ.

وله: إنَّ من لا يكون أهلاً لتنجز العتق لا يكون أهلاً لتعليقه.

قيَّدَ بقوله: «سأملكه»؛ لأنَّه لو قال: كلُّ مملوكٍ أملكه فهو حرٌّ؛ لا يصحُّ اتِّفاقاً؛ لأنَّه للحال حقيقةً، ولو قال: كلُّ مملوكٍ أملكه بعد العتق؛ يصحُّ اتِّفاقاً. من «الحقائق».

(ولو قال: إن كلمتُ زيداً فأنت حرٌّ، فادَّعاه زيدٌ) أي: ادَّعى زيدٌ أنَّه كلمه بعد التعليق، فأنكره⁹ المولى، (وشهد ابناه) أي: ابنا زيدٍ على ذلك؛ (يردُّها) أي: أبو يوسف شهدتهما؛ لِمَا فيها من تصديق الأب، وهو موضعُ التُّهْمَةِ. (وسمعتها) أي: قيلَ محمدٌ رحمه الله شهدتهما؛ لأنَّهما شهدا بحرِّيَّةَ العبدِ، ولا تهمَّةَ فيها.

(أو إن تسرَّيتك) أي: لو قال لأمته: إن تسرَّيتك فأنت حرٌّ (يضيف) أبو يوسف (طلب الولد إلى ما شرط) أي: شرط أبو حنيفة ومحمدٌ في تحقيق معنى التسرِّي (من التَّحصين) أي: منعها من الزنا، (والوطء والتبوتة) وهي إسكانُها في بيتٍ خالٍ، (والمنع

1 ح: فلا.

2 د: الثلاثة.

3 د: فلم.

4 د: فيخلط فيغضِّي.

5 د: فتخرج.

6 صحيح البخاري، الهبة 14؛ الشهادات 30؛ صحيح مسلم، التوبة 56.

7 د: بالتسوية.

8 د: فعتقا.

9 د: وأنكره.

من الخروج) يعني: يثبت التسري عندهما بهذه الأفعال، وعند أبي يوسف: لا يثبت إذا لم ينضم إليها طلب الولد؛ لأن التسري تفعل¹ من السرو، وهو السيادة، والأمة إنما تسود إذا ولدت من مولاها.
ولهما: إنه تفعل² من المضاعف من السر الذي هو الجماع، معناه: إعداد الأمة أن تكون موطوءة، فلا يكون طلب الولد داخلاً فيه.

(أو لأمة غيره) أي: إن قال لها: (إن تسريتك) فأنت حرّة، (فاشترها، وتسراها؛ ألعينا التعلّق) فلا تعتق عندنا. وقال زفر: تعتق؛ لأن إضافة العتق إلى التسري كإضافته إلى الملك؛ إذ لا يحلّ التسري إلا في الملك.
ولنا: إن الملك لم يوجد وقت التعلّق، والتسري ليس عبارة عن الملك ولا عن سببه، فلا يكون التعلّق به تعلقاً بالملك، والملك ليس من ضرورات التسري؛ لأن معناه وهو التحصين والمنع من الخروج، والوطء يوجد بدون ملك الرّبة كما في المنكوحة.

(فصل) في التدبير

(ولو قال: إذا متُّ فأنت حرّ، أو قال: أنت حرٌّ عن دُبر منّي، أو قال: أنت مدبّر، أو قد دبّرْتُك؛ صار مدبّراً) وكذا لو قال: أنت حرٌّ مع موتي، أو في موتي، أو عند موتي، أو أوصيتك بربيتك، أو بعنتك؛ لأن هذه الألفاظ تفيد تعلق العتق بالموت، فيستدعي وجود الشرط أوّلاً.

(لا يجوز إخراجُه عن ملكه إلا بالعتق) لقوله صلى الله عليه وسلم: «المدبّر لا يباع ولا يوهب»³. (ويجوز استخدامه وإجارته ووطئها وتزويجها) لأن الملك قائم في المدبّر والمدبّرة، (وبعتق من الثلث) أي: المدبّر كلّ يعتق من ثلث مال التركة (إن خرج منه) لأن التدبير تبرّع مضاف إلى ما بعد الموت، فصار وصيةً. (والأ؛ فبحسابه) أي: إن لم يخرج من الثلث؛ يعتق منه بحسب ما يخرج، حتى إذا لم يكن له مالٌ غيره؛ يسعى في ثلثي قيمته.

(وإن كان مولاة مديوناً؛ يسعى في كلّ قيمته) لوجوب تقديم الدّين على الوصية، ولا يمكن نقض العتق، فتعيّن ردّ قيمته.

(ولو قال لعبد ومدبّره: أحكما حرّاً والآخر مدبّراً) فمات قبل البيان؛ (يفتي) أبو يوسف (بعق القن) وبقاء المدبّر مدبراً على حاله. (وأشاعهما) أي: جعل محمد الحرّية والتدبير شائعين (فيهما) أي: في العبد والمدبّر، فيعتق نصف كلّ واحد منهما، ويصير نصف القن مدبراً أيضاً؛ لأن قوله: «أحكما حرّاً» إنشاء أفاد انقسام العتق عليهما لحاجتهما إليه، ويجعل قوله: «والآخر مدبر» إنشاءً أيضاً؛ لكونه معطوفاً على الإنشاء، فينقسم عليهما؛ إذ لو جعل إخباراً؛ لبطل حقّ المدبّر من الكلام الأوّل.

لأبي يوسف: إن الأصل في الكلام أن يكون إخباراً، وإنما جعل إنشاءً⁴ لضرورة تصحيح كلامه، ولا⁵ ضرورة هنا، ولهذا لو بدأ بالتدبير، وقال: أحكما مدبّر والآخر حرّاً؛ عتق القن، وبقي الآخر مدبراً اتفاقاً، على أنّ قوله: «والآخر مدبر» لو جعل إنشاءً؛ لصار القن مدبراً؛ لأن إنشاء التدبير في المدبّر ممتنع، فصارا مدبرين، وبلغ العتق.

(ولو أعتق أحد الشريكين) العبد الذي بينهما، (ودبّر الآخر معاً؛ عتق) كلّ العبد اتفاقاً، (ويغرّمه) أي: يحكم أبو يوسف بأن يضمن المعتق على شريكه (نصف قيمته قنًا، لا مدبراً) أي: قال محمد: يضمن نصف قيمته مدبراً؛ لأن تصرفهما من الإعتاق والتدبير في نصيب نفسه نافذ، إلا أن إبقاءهما معاً متعذّر، فيغلب العتق؛ لكونه أقوى، فيضمنه مدبراً.

ولأبي يوسف: إن العتق والتدبير لهما لم يكن جمعهما؛ يرجح العتق من الابتداء، فبطل التدبير.

(ولو أسلم مدبّر الذمي؛ حكما بعنته بعد السعاية) لمولاه في تمام قيمته كالمكاتب، (لا قبلها) أي: قال زفر: يعتق في الحال، ويسعى في قيمته؛ لأن العبد بإسلامه وجب أن يخرج عن ملكه، فلما تعذّر الإخراج بالبيع؛ تعيّن العتق في الحال.
ولنا: إنه لو عتق في الحال وهو مفلس؛ لتكاسل في السعاية، فيتضرّر به المولى، فيتوقّف عتقه على الأداء رعايةً للجانبين، وذلك العبد يندفع بصيرورته حرّاً يداً.

¹ ح: بفعل.

² ح: بفعل.

³ سنن الدارقطني، 244/5؛ السنن الكبرى للبيهقي، 314/10. وقال: البيهقي: أمّا هو عن ابن عمر موقوف من قوله ولا يثبت مرفوعاً.

⁴ د - وإنما جعل إنشاء.

⁵ د: فلا.

(وإن علقه بموته على صفة) كما إذا قال: إن متُّ من مرضي هذا، أو سفري هذا، أو إلى سنةٍ، ونحوها؛ (لم يكن مدبراً) مطلقاً، فيجوز¹ بيعه؛ لأن الموت على هذا الوجه ليس بقطعيٍّ، فلم ينعقد السبب في الحال، وأمّا الموت المطلق؛ فكائنٌ قطعاً، فالمعلّق به يكون مدبراً مطلقاً، وكذا لو علق بموته في مدّةٍ لا يصلُ مثله إليها غالباً يكون مدبراً مطلقاً؛ لأن الموت كائنٌ فيها لا محالة.

(فإن تحقّق المجموع) أي: الموت على تلك الصفة (عق كالمدبر) أي: كما يعتق المدبر من ثلث المال، (أو إن مات) أي: إن قال: إن مات (فلان، أو أنا) يعني: إن مات فلان أو مت قبله (فأنت حرٌّ، أو قبل موتي) أي: لو قال: أنت حرٌّ قبل موتي (بشهر؛ أجزنا بيه) وقال زفر: لا يجوز؛ لأنه علق عتقه بموت أحدهما أيهما وُجد، فكان تعليقاً بموته لا محالة، فصار مدبراً مطلقاً.

ولنا: إنّه علق عتقه بموته المقيّد، وهو أن يكون موته قبل فلان، وهذا ليس بشرط كائن لا محالة؛ لاحتمال أن يموت فلان قبل المولى، فلا يكون مدبراً، وكذا إذا علق عتقه بموته المتأخّر عن شهر؛ إذ لو مات قبله لا يعتق، فلا يكون كالمدبر مطلقاً². كذا قال المصنّف في «شرح».

أقول: على هذا كان ينبغي أن يقول: أو أنا قبله؛ إذ بدون هذا القيد لا يُطابقُ تعليقه لمُدّعا.

(فصل) في الاستيلاء

وهو طلب الولد من الأمة.

(لو أتت بولدٍ من مولاها، فاعترف به؛ ثبتت نسبته، لا بالإقرار بوطنها) أي: قال الشافعي: إذا اعترف المولى بوطنها، ثم أتت بولدٍ؛ ثبت نسبته منه؛ لأن الأصل في ثبوت النسب الماء، وسببه الوطء، وهو موجودٌ في الأمة.

ولنا: إن النسب إنّما يثبت بالفراش، ولا يثبت الفراش للأمة بالوطء؛ لأن المقصود من وطء الإمام قضاء الشهوة غالباً، ولهذا يمتنع الأشراف من وطئهنّ تحرّراً عن حصول الولد منهنّ، وفي قوله صلى الله عليه وسلم: «تناكحوا تكثروا»³ إشارةٌ إليه، فلا يثبت النسب بدون دعوة المولى.

وعن أبي حنيفة: إذا وطئ أمته، وحصنها، ولم يعزل عنها؛ فعليه أن يدعي نسب ولدها. وعن محمد: ينبغي أن لا يدعي النسب إذا لم يعلم أنّه منه، ولكن يعتق ولدها، وتعتق بعد موته احتياطاً من الجانيين. كذا في «الكافي».

(فإن ولدت بعد ذلك) أي: بعد أن يعترف بولدها (ثبت⁴) نسب ولدها من مولاها (من غير دعوة) لأنه لَمَّا ادّعى الولد الأوّل؛ تعيّن الولد مقصوداً منها، فصارت فراشاً له.

وفي «المحيط»: أمة بين شريكين جاءت بولدٍ، فأدعيها؛ ثبت النسب منهما، فولدت آخر؛ لم يلزمها إلا بالدعوة؛ لأنّها لم تصرّ فراشاً لأحدهما وإن صارت أمّ ولدٍ لهما؛ لأنه لا يحلّ لكل واحدٍ منهما وطئها، فلا يمكن استفراشها، كما لو حرمت على المولى بالمصاهرة، فجاءت بولدٍ؛ لا يثبت نسبته من المولى إلا بالدعوة لزوال فراشه.

(وينتفي) نسب ولدها (بمجرد نفيه) أي: نفي المولى نسبه بلا لعان؛ لأن فراشها ضعيفٌ.

(ولا يجوز إخراجها) أي: إخراج أمّ الولد (عن ملكه إلا بالعتق) لَمَّا روى ابن عباس رضي الله عنهما أنّه صلى الله عليه وسلم قال: «أَيُّمَا امْرَأَةٍ وُلِدْتُ مِنْ سَيِّدِهَا؛ فَهِيَ مَعْتَقَةٌ عَنْ ذُرِّيٍّ مِنْهُ»⁵.

(ويجوز استخدامها وإجارتها ووطئها وتزويجها) لأن الملك قائمٌ فيها.

(فإن ولدت من زوجها؛ تبعها في حكمها) وهو حقّ الحرّية، فيسري إلى ولدها كالتدبير.

(وتعتق) أمّ الولد (من جميع المال) لَمَّا روي أنّه صلى الله عليه وسلم أمر بعتق أمّهات الأولاد من غير الثلث، وأن لا يُبغرن في

دين⁶.

(ولا تسعى في ديونه) أي: لا تسعى أمّ الولد في ديون المولى للغرماء.

¹ د: فتجوز.

² د: المطلق.

³ مصنف عبد الرزاق، 173/6؛ وفي سنن ابن ماجه بلفظ: «أنكحوا إناي مكاتر بكم».

⁴ د: يثبت.

⁵ سنن ابن ماجه، العتق 2؛ مسند أحمد بن حنبل، 303/1، 317.

⁶ السنن الكبرى للبيهقي، 344/10.

(وهي غير متقومة) أي: أمُّ الولد لا قيمة لها عند أبي حنيفة رحمه الله، ولها قيمة عندهما، حتى لو كان لها موليان، فأعتقها أحدهما وهو موسر؛ فعنده لا يضمن نصيب الآخر، وعندهما يضمن.

لهما: إنَّها مملوكة ينتفع¹ بها وطناً وإجارةً واستخداماً، وبامتناع بيعها لا يسقط تقوُّمها كالمدير، إلا أنَّ قيمتها ثلثُ قيمتها قنة؛ لأن للمالك في مملوكه منفعة الاستخدام والاسترباح بالبيع وقضاء دينه من ماليته بعد موته، وبلاستيلاذ فات اثنان، وبقي الاستخدام فقط، ولهذا صار قيمة المدير ثلثي قيمة القرني؛ لأن الفاتت منه منفعة البيع فقط. وقيل: قيمة المدير نصفُ قيمته قناً، وهو الأصحُّ، وعليه الفتوى. من «الحقائق».

وله: إنَّها استفادات الحرِّيَّة من مولاهما بسبب ولدها؛ لأن الولد خلق من المائين، فصار جزؤها مضافاً إليه، لكن الجزئيَّة لكونها حكماً لا حقيقةً ثبت حقُّ العتق في الحال، وسقط تقوُّمها حقيقةً في المآل.

فإن قلت: لمْ لم يجعل الولد كذلك؟

قلت: لأن جزئيَّة تأكُّدت بنسبته إلى الأب، فحكم بحرِّيَّته² في الحال، بخلاف المدير؛ لأن سبب حرِّيَّته تنعقد بعد الموت، وأما امتناع بيعه في الحال؛ فلتحقيق مقصود المولى، وهو نيلُ ثواب الإعتاق.

(ولو هلكت هي أو مدبرة عند المشتري) أي: لو باع رجلٌ أمُّ ولده أو مدبرته، وقبضها المشتري، فهلكت؛ (فهي غير مضمونة) عند أبي حنيفة. وقالوا: تجب قيمتها للمولى؛ لأنَّها مقبوضة على سوم الشرى³، فيضمن كالقرني.

وله: إنَّ القرني كان محلاً للبيع، فألحق قبضه على سوم الشرى بحقيقة البيع، وهما لا يقبلان البيع، فلا يضمنان؛ لامتناع الإلحاق. وكذا الخلاف في المكاتب.

(وإذا نكح أمة، فولدت، ثم ملكها) وبطل نكاحها؛ (نجلها أم ولد له) وقال الشافعي: لا تصير أم ولد له؛ لأنَّها ولدت حين كونها غير مملوكة، فلا تكون أم ولد له، كما إذا ولدت من الزنا فملكها الزاني.

ولنا: إنَّ سبب الاستيلاذ. وهي الجزئيَّة الثابتة بينه وبينها بواسطة الولد الثابت النَّسب. موجودٌ هنا، بخلاف الزَّنا؛ لأنَّ نسب الولد منتفٍ فيه.

وإنما وضع في النَّكاح؛ إذ لو استولدها بالزَّنا، ثم ملكها الزاني؛ لا تصير أم ولد اتفاقاً على أحد قوليه. من «الحقائق»⁴.

(ولو وطئ جارية ابنه، فولدت، فادعاه) أي: الأب نسب الولد، سواء صدقه الابن أو كذبه؛ (صار أم ولد، ويضمن) الأب (قيمتها) لابنه. (لا قيمة الولد) أي: لا يضمن لابنه قيمة ذلك الولد؛ لأن الأب لَمَّا كان له ولاية أن يملك مال ابنه مجاناً لحاجته إلى إبقاء نفسه؛ كان له ولاية أن يتملِّك جارية ابنه لإثبات نسب الولد منه؛ لأن فيه إبقاءً له معني، لكن لكون حاجته إلى إبقاء نسله أدنى من حاجته إلى إبقاء نفسه؛ قلنا: يتملِّك الجارية بقيمتها، ويتملِّك طعام ابنه مجاناً.

وفي «التبيين»: يُشترط لصحة دعوة الأب أن يكون له ولاية التملُّك من وقت العلوق إلى وقت الدعوة، حتى لو حبلت في غير ملك الابن، أو حبلت في ملكه، ثم أخرجها عن ملكه، ثم ردها إلى ملكه؛ لم يصحَّ دعوه، إلا أن يصدقه الابن؛ فإن صدقه ثبت نسبه منه، ولا يملك الجارية، ويعتق الولد؛ لزعمه أنه ملك أخواه.

(فلا نوجب مهرها) أي: لا يجب على الأب لابنه عقر تلك الجارية. وقال الشافعي: يجب؛ لأن تملُّك الجارية يثبت حكماً للاستيلاذ، كما في الجارية المشتركة إذا ادَّعى ولدها أحد الشريكين، وحكم الشيء يعقبه.

ولنا: إنَّ الجارية لم يكن مملوكة للأب، ولهذا جاز له أن يتزوجها، فمست الحاجة إلى تقديم الملك على الوطء ليصحَّ الاستيلاذ.

فإن قيل: الاستيلاذ ثبت بالعلوق، وذلك يكون في الملك، والوطء سابقٌ عليه، فينبغي⁵ أن يجب عليه العقر.

¹ د: ممتنع.

² د: بحرِّيَّته.

³ د: الشراء.

⁴ د - وإنما وضع في النَّكاح...

⁵ د: فينبغي.

قلنا: الاستيلاءُ عبارةٌ عن جميع الفعل الذي يحصلُ به الولدُ، فلا يُعتبرُ تعدُّدُ الفعل مع اتِّحاد المطلوب، فيقع الوطءُ في الملك، وأما في الجارية المشتركة؛ فكان ملكٌ نصفها ثابتاً قبل الاستيلاء، وهذا القدرُ كافٍ في تصحيحه، لكن الاستيلاءُ لَمَّا لم يكن متجزئاً صار متملِّكاً نصيبَ شريكه حكماً للاستيلاء.

(ولا يثبتُ) نسبُ الولد (بوطءِ الجدِّ) جاريةً ابن ابنه (مع بقاء الأب) لأنه لا ولايةٌ له مع وجود الأب، ولو كان الأب ميتاً؛ يقيمُ الجدُّ مقامه في هذا الحكم؛ لظهور ولايته حينئذٍ. وكفُر الأب ورُفهُ بمنزلة موته؛ لأنه قاطعٌ للولاية. هذا إذا جاءت به بعد موت الأب لستة أشهرٍ، أمَّا إذا جاءت به لأقلِّ من ستة أشهرٍ؛ لا يثبت النسبُ من الجدِّ. كذا في «الكفاية».

(وإذا ادَّعاه) أي: ولدَ جاريةً مشتركةً (أحدُ الشريكين؛ ثبت¹ منه) نسبه؛ لأنه لَمَّا ثبت في نصفه لمصادفته ملكه؛ ثبت في الباقي؛ لأن النسبَ لا يتجزأ، (وصارت أمٌ ولدٍ له) أمَّا عندهما؛ فالنَّ الاستيلاءُ لا يتجزأ، وأمَّا عنده؛ فالنَّ نصيبُ المستولد صار أمٌ ولدٍ له أولاً، ثُمَّ صار نصيبُ صاحبه أمٌ ولده بعدما ملكه بالضمان؛ لكونه قابلاً للملك. (وضمن نصفَ عقرها) لأن الوطءَ وقع في نصيب الشريك في غير الملك، (ونصفَ قيمتها) لشريكه يوم العلوق، موسراً كان أو معسراً؛ لأن أميةَ الولد يثبت لها من وقت العلوق، وهذا ضمانُ التملك، فلا يختلَفُ باليسار والإعسار. (لا قيمةَ الولد) أي: لا يضمن قيمته؛ لأن الضمانَ وجب حين العلوق، والنسبُ يثبت منه، فصار حُرّاً.

(ولو ادَّعياه) أي: ادَّعى الشريكان ولدَ الجارية المشتركة التي حبلت في ملكهما؛ (يثبت² منهما). قِيدنا بقولنا: «حبلت»؛ لأنه لو كان الحملُ على ملك أحدهما نكاحاً، ثُمَّ اشتراها هو وآخر؛ فهي أمٌ ولدٍ له؛ لأن نصيبه منها صار أمٌ ولدٍ له، والاستيلاءُ لا يتجزأ، فثبت في نصيب شريكه أيضاً. هذا إذا لم يكن أحدهما أب الآخر أو أحدهما مسلماً والآخر ذمياً؛ إذ لو كان كذلك؛ يرجحُ الأبُ لِمَا فيه من حق التملك، ويرجحُ المسلمُ نظراً للولد.

وكذا إذا اشتريها حُبلي؛ يثبت النسبُ منهما، ولا يجب على كلِّ منهما العقر؛ لعدم الوطء في ملكه، ويجب عليه نصفُ قيمة الولد، ويثبت لكلِّ منهما فيه الولاية؛ لأنه تحريرٌ على ما عرف في موضعه. كذا في «التبيين».

(ولا نعتبرُ القائفَ) وهو الذي يعرفُ النسبَ بفراسته³، يعني: قوله غيرُ معتبرٍ عندنا في إلحاقه بأحدهما. وقال الشافعي: يعتبرُ؛ لِمَا روي أنه صلى الله عليه وسلم فرح بقول القائف حين ألحق أسامةً بن زيدٍ بأبيه لَمَّا نظر إلى أعقابهما⁴.

ولنا: ما روي عن عمر رضي الله عنهما: أنه كتب إلى شريح في هذه الحادثة: هو ابْنُهما يرثهما ويرثانه، وكان ذلك بمحضٍ من الصحابة، فحلَّ محلَّ الإجماع، وأما إظهارُ سروره؛ فالأنه كان سبباً لقطع طعن الكفار؛ لأنهم كانوا يطعنون في نسب أسامة، وكانوا يعتقدون⁵ قولَ القائف⁶ حجةً.

(وتصيرُ أمٌ ولدٍ لهما، ويغرم كلُّ واحدٍ منهما نصفَ العقر قصاصاً) يعني: يجب على كلِّ منهما نصفُ العقر قصاصاً؛ لعدم الفائدة في الاشتغال بالاستيفاء، إلا أن يكون نصيبُ أحدهما⁷ أكثر من نصيب الآخر، فيأخذ الرائد؛ إذ المهرُ يجب لكلِّ منهما بقدر ملكه. (ويرثُ) الولدُ (من كلِّ منهما كابن) أي: كميراثِ ابن كاملٍ؛ لأن كلاً منهما مقرُّ بأنه ابنه، (ويرثانه كأب) أي: يرثان منه ميراثَ أبٍ واحدٍ؛ لاستوائهما في السبب، وهو الشركة في الجارية.

(وإذا وطئ جاريةً مكاتبه، فولدت، فادَّعاه) أي: ذلك الولد، (فإن صدَّقه) أي: المكاتبُ مولاه؛ (ثبت) نسبه من المولى، (فضمن عقرها) لأنه تصرفَ في غير ملكه، (وقيمته) أي: قيمةَ الولد؛ لأنه في معنى المغرور، حيثُ اعتمدَ دليلاً، وهو أنَّها كسبُ كسبه،

¹ د: يثبت.

² د: نثبته.

³ د: لفراسته.

⁴ صحيح البخاري، فضائل الصحابة 17؛ صحيح مسلم، الرضاع 40 بمعناه.

⁵ د + أن.

⁶ د: القافة.

⁷ ح - نصيب أحدهما.

فلم يكن راضيًا بكون ولده رفقًا، فكان خُرًّا، فالقيمة وجبت دفعًا للزَّور عنه وعن المكاتب. (ولا تصير¹ أمَّ ولدٍ له) أي: لمولى المكاتب؛ لأن الجارية غير مملوكة له. (وإلا فلا) أي: إن كذبه المكاتب لا يثبت نسبه.

(ولو ادَّعى) أحد الشريكين في أمته (استيلاءً شريكه) أي: أنَّ شريكه استولدها، (فأنكر) الشريك الآخر؛ (أفتى) محمدًا (بالسعاية له) أي: بأن تسعى الأمة للمنكر (في نصف قيمتها). وفي «الحقائق»: إنما استساعها المنكر إذا قضى القاضي بالسعاية، أو رضيت هي بذلك، وبدون ذلك ليس للمنكر أن يستسعيها. (وقالا: نخدُمه) أي: الأمة المنكر (يومًا لا يومًا) أي: لا تخدُمه يومًا، وأما الولاء؛ فموقوفٌ بينهما اتِّفاقًا. كذا في «الجامع الصغير» للإمام الترمذاشي.

له: إنَّ المقرَّ لمَّا لم يصدِّق على شريكه؛ انقلب إقراره عليه، فصار كأنه استولدها، كما إذا أقرَّ المشتري على البائع أنَّه أعتق المبيع قبل البيع يُجعل كأنه أعتق، ولا يمكن تضمين المقرَّ؛ لأنه ما أقرَّ على نفسه بالاستيلاء، فوجب السَّعاية للمنكر؛ لاحتباس ماليَّة نصيبه عنده، ومتى عتق بعضها عتق كلها؛ لأنه لا يتجزأ.

ولهما: إنَّه أقرَّ بشيٍ مستلزم للنسب، والنسب مما لا يرتدُّ بالردِّ، حتى إنَّ الرجل إذا أقرَّ بنسبٍ صغيرٍ لرجلٍ، ثمَّ أقرَّ نسبه لنفسه بعدما كذبه المقرُّ له؛ لا يصحُّ، فلا يمكن أن يجعل المقرُّ كالمستولد، فنخدُم المنكر يومًا؛ لأنَّها تصادق عليه، ويرفَع الخدمة عنها يومًا؛ لأنَّ كلاً منهما مقرُّ بأن لا حقَّ له في استخدامها في ذلك اليوم، ونصفُ كسبها للمنكر ونصفه موقوفٌ، ونفقَّتْها في كسبها، فإن لم يكن لها كسبٌ؛ فنفقَّتْها على المنكر. من «الحقائق».

اعلم أنَّ المذكورَ في المتن موافقٌ لما في «المنظومة»، لكن المذكورَ في «الهداية» «والوافي» وشروحهما: أنَّ خدمتها للمنكر وتوقفها يومًا قولُ أبي حنيفة، وسعائتها قولهما. والله أعلم.

(فإن جنت هذه) أي: الجارية المذكورة في المسألة السابقة؛ (فنصفُ الأرض على المنكر) لأن نصَّها له، (والنصفُ) أي: نصفُ الأرض (موقوفٌ) عند أبي حنيفة؛ لكون نصفها موقوفًا. (ويوجب) أي: أبو يوسف النصفَ (الموقوفَ في كسبها) لئلا يتصرَّر وليُّ الجنابة؛ لأنَّ الأرض في مال مولاها، وكسبها مالٌ له، فيؤدِّي الأرض منه، لكن لا يملك المولى أخذه؛ لأنه مؤاخذٌ بإقراره. (وأوجب) محمدًا (الكلَّ فيه) أي: كلَّ الأرض في كسبها؛ لأنَّها تسعى² للمنكر عنده، فكانت كالمكاتبة.

ولو جني عليها؛ فعند أبي حنيفة: نصفُ أرضها للمنكر والنصفُ موقوفٌ، وعند أبي يوسف: النصفُ للمنكر والنصفُ لها، وعند محمدٍ: الكلُّ لها.

(ولو ولدَتْ، فباعها) مولاها، وترك ولدها، (فادَّعاه أبُ المولى؛ يحكم) أبو يوسف (بثبوته منه) أي: بثبوت نسبه من المدَّعي، (ويغرِّمه قيمته) أي: قال أبو يوسف: يضمنُ لابنه قيمةً ذلك الولد، وإن لم تصر الجارية أمَّ ولدٍ له. وقالوا: لا يثبت نسبه؛ لأنَّ ثبوته مشروطٌ بتملُّك الأمة من حين العلوق، وههنا تعدَّر تملُّكها، ونقض البيع فيها؛ لأنَّ الثابت لأب المولى فيها كان حقَّ التملُّك، والثابت للمشتري حقيقةً الملك، فلا يترك الأقوى للأضعف.

وله: إنَّ المانعُ وُجدَ في الأمِّ دون الولد، فيصحُّ دعوته فيه، والولدُ هو الأصلُ في النسب؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «أعتقها وُلدُها»³.

(فصلٌ في المكاتب)

(ومن كاتبٌ عبده على مالٍ، فقيل؛ صار مكاتبًا) قيَّد بالقبول؛ لأن فيه معنى الإلزام، فلا بُدَّ من الالتزام. (ولا نوجب خطًّا شيءٍ من البدل) وقال الشافعيُّ: يجب؛ لقوله تعالى: ﴿وَأَتَوْهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ﴾ [النور، 33/24] أي: من بدل الكتابة. كذا روي عن عليٍّ.

¹ د: يصير.

² د: يسعى.

³ سنن ابن ماجه، العتق 2؛ مصنف عبد الرزاق، 233/7.

ولنا: قوله صلى الله عليه وسلم: «المكاتب عبدٌ ما بقي عليه درهم»¹، والزائم الحط² بعد الإيجاب غير مفيد³، والأمر في الآية محمولٌ على التَّدب كالأمر بالكتابة.

(ويجوزُ منجماً) أي: يجوز عقدُ الكتابة على أن يؤدِّي في كلِّ شهرٍ مقداراً معلوماً من بدل الكتابة، (ومؤجلاً) بأن يؤدِّي كله في مدَّة معلومة.

(ونجيزُ حالاً) أي: تجوزُ الكتابة على مالٍ حالٍ عندنا. وقال الشافعي: لا يجوز؛ لأنه ليس بأهلٍ للملك في الحال، فإنما يؤدِّي بالكسب، ولا بُدُّ له من مدَّة، فأقلُّها نجمان.

ولنا: إنَّ الكتابةَ عقدٌ معاوضةٌ، والبدلُ فيه كالثَّمَن في البيع، فكما أنَّ توهُمَ القدرة على الثمن كافٍ في جواز البيع؛ فكذا هذا، مع أنَّ النَصَّ في الكتابة مطلقٌ، فيُعملُ بإطلاقه.

(ومن صغيرٍ عاقلٍ) أي: يجوز عقدُ الكتابة من عبدٍ صغيرٍ يعقل العقد. وقال الشافعي: لا يجوز.

قيَّد بعقله؛ لأنه إذا لم يعقل العقد؛ لا يجوز اتِّفاقاً؛ لأنه ليس بأهلٍ للقبول، والعقدُ موقوفٌ عليه.

وهذا الخلافُ مبنيٌّ على أنَّ تصرُّفَ الصَّبيِّ بإذن الوليِّ جائزٌ عندنا خلافاً له. وقد مرَّ في باب الحجر.

(ويخرج) المكاتب (من يد المولى) فيكون أحقَّ بأكسابه؛ لأنَّ تحصيلَ البدل إنَّما يتحقَّق إذا ثبت له الحرِّيَّة يدًا، حتى لو

شرط في الكتابة أن لا يخرج من اليد⁴ لا يصحُّ الشرط. (دون ملكه) أي: لا يخرج من⁵ ملك المولى، ولهذا متى عجز عن أداء البدل؛ كان رِقاً.

(فيضمنُ ماله) أي: المولى مالُ المكاتب (بإتلافه، والعقرُ بوطنها) أي: إذا وطئ مكاتبته لزمه عقربها، (والأرضُ بالجنابة عليها،

أو على ولدها) أي: إذا جنى المولى على مكاتبته أو ولدها؛ كان أرضُ الجنابة لها؛ لأنَّ المولى صار كالأجنبيِّ.

(وإن اعتقه) أي: المولى مكاتبته (سقط البدل) لأنَّ لزومه كان للعتق، وقد حصل المقصود، وكذا لو أبرأه عن البدل يعتق؛ لأنَّ

إبرأه في معنى الإعتاق، لكنَّ المالَ يبقى عليه ديناً إذا قال: لا أقبل؛ لأنَّ هبةَ الدين مما يرتدُّ بالرَّد، فيجعلُ الكتابةَ باقيةً في حقِّ المال.

(ولو اختلفا في قدره) أي: لو اختلف المولى والمكاتب في قدره⁶ بدل الكتابة؛ (فالقولُ للعبد) عند أبي حنيفة. (وقالا:

يتحالفان) فيفسخُ العقد؛ لأنَّ عقدَ الكتابة عقدٌ معاوضةٌ وقابلٌ للفسخ، فيجزي فيه التحالفُ كما في البيع.

وله: إنَّ العبدَ ينكر ما ادَّعاه المولى، فيلزمُ اليمينُ عليه، والتَّحالفُ في البيع ثبت على خلاف القياس، فلا يقاسُ عليه الكتابةُ،

مع أنَّه ليس كالبيع؛ لأنه مبادلٌ مالٍ بغير مالٍ.

(ويتصرَّف) المكاتب (كالمأذون، ولا يمتنعُ بمنع المولى) عن التصرُّف؛ لأنه يؤدِّي إلى فسخ الكتابة من جهة المولى، وهو

لا يملكُ ذلك؛ لأنه من جانبه تعليقُ العتق، وهو تصرَّفٌ لازمٌ لا يقدر الرجوع عنه.

(ويسافرُ) لأنَّ السفرَ من باب التَّجارة، ولو شرط المولى أن لا يسافرَ؛ فله ذلك؛ لأنَّ هذا الشرطُ يخالفُ عقدَ الكتابة، فيلغو،

ولا يفسدُ به العقدُ؛ لأنه غيرُ متمكِّنٍ في صلب العقد.

(ويزوجُ الأمة) لأنه موجبٌ للمهر، فيكون من الأكساب، (لا العبد) لأنه تزويجه تنقيصٌ للمال؛ لصيرورة النفقة والمهر ديناً في

رقيقته، والأبُ والوصيُّ في رقيق الصغير كالمكاتب، فيملكان ما يملكه المكاتب.

(ولا يتزوجُ) المكاتب (إلا بإذن) أي: بإذن المولى؛ لأنه مملوكٌ له. (ولا يكفل مطلقاً) أي: لا يجوز للمكاتب أن يكفل

بالنفس والمال؛ لأنَّ الكفالة تبرِّع محضٌ ليس من التجارة.

(ولا يُعتق) المكاتب مملوكه (على مالٍ) لأنه إزالةُ الملك عن رقيقته، وإثباتُ المال ديناً في ذمته، وهذا ليس من الكسب؛ لأنه

ربَّما عجز عنه، فيضيعُ ماله؛ لأنه حرٌّ مديونٌ.

¹ سنن أبي داود، العتق 1؛ شرح معاني الآثار للطحاوي، 3/111.

² د - الحط.

³ د: مفيدة.

⁴ د: البلد.

⁵ د: عن.

⁶ ح - قدر.

(ويكاتب) أي: يجوز للمكاتب أن يكتب عبده؛ لأنه لا يخرج من¹ ملكه قبل أداء البدل، فيكون نوع اكتساب مال. (فإن أدى الثاني) أي: المكاتب الثاني بدل الكتابة (قبله) أي: قبل أداء المكاتب الأول؛ (كان ولاؤه للمولى) لأن إضافة الولاء إلى المكاتب الأول متعزّز لعدم أهليته، فيضاف إلى المولى؛ لأن له فيه نوع ملك، ثم إذا أدى الأول بعد أداء الثاني وعتق؛ لا ينتقل الولاء من المولى إليه؛ لأنه جعل معتقاً، والولاء لا ينتقل عن المعتق. (والإ؛ فله) أي: إن أدى الثاني بعد أداء الأول وعتقه؛ فالولاء له؛ لأنه هو العاقد والأهل لذلك.

(ويدخل ولده) أي: ولد المكاتب (من أمته في كتابته) لأن المكاتب لو كان حرّاً؛ عتق عليه ولده منها، فكذا يكتب عليه، وكذا ولد المكاتب والمدبرة، (فيأخذ كسبه) أي: المكاتب كسبه ولده.

(وأجزنا إعتاق الولد) أي: إعتاق المولى ولد مكاتبه. وقال زفر: لا يجوز؛ لأنه لو جاز؛ لصار ولده أحقّ بكسبه، فيتضرّر به أبوه.

ولنا: إن المولى كان يملك عتق مكاتبه الذي هو الأصل، فبالأولى أن يملك عتق ولده الذي هو تبع له. (ولو زوج) المولى (عبده من أمته، ثم كاتبهما، فولدت؛ تبع) ذلك الولد (أمه في كتابتها) فتكون هي أحقّ بكسبه؛ لأن للأُم رجحاناً على الأب في تبعية الولد، حتى لو قتل ذلك الولد؛ يكون قيمته للأُم دون الأب، بخلاف ما إذا قبلت الكتابة عن أنفسهما وعن ولدٍ لهما² صغير، فقتل الولد؛ يكون قيمته بينهما؛ لأن القبول وجد منهما، فيتبعهما. كذا في «التبيين».

(وإن ولدت) المكاتب (من مولاها؛ مضت على الكتابة إن شاءت) فأخذت العقر من مولاها؛ لأنه كالأجنبي في منافعها. فإن مات المولى؛ عتقت بالاستيلاء، ويسقط عنها بدل الكتابة، وإن ماتت من غير وفاء؛ فلا سعاية على الولد؛ لأنه حرّ. ولو ولدت ولداً آخر، ولم يدعه المولى، وماتت من غير وفاء؛ سعى هذا الولد؛ لأنه مكاتب تبعاً لأبيه، ولو مات المولى بعد ذلك؛ عتق وبطل السعاية عنه؛ لأن حكّمه صار كحكم أم الولد.

(والإ) أي: إن لم تشأ³ المضى على الكتابة؛ (عجزت نفسها، وصارت أم ولد له. وإذا كاتب أم ولده؛ جاز) لأن الكتابة جهة أخرى لاستحقاق الحرية، وهي غير منافية لأمية الولد، (وسقط البدل بموته) أي: بموت المولى؛ لأن كتابتها بطلت وانفتت الفائدة في إبقائها؛ لأنها تعتق مجاناً من جهة كونها أم ولد.

(أو مدبراً) أي: لو كاتب المولى مدبراً له (جاز) إذ لا منافاة بين التدبير والكتابة. (فإن مات) المولى (ولا مال) أي: والحال أنه لا مال له غير المدبر؛ (فهو) أي: المدبر الذي صار مكاتباً يخرج⁴ عند أبي حنيفة: إن شاء (يسعى في ثلثي قيمته، أو كل البدل) أي: إن شاء يسعى في كل بدل الكتابة على نجومه؛ لأن البدل صار مقابلاً أولاً بكل الرقبة. (وبأمره) أي: أبو يوسف ذلك المدبر (بالسعاية بالأقل منهما) أي: بأقل من ثلثي قيمته ومن بدل كتابته، وقوله: «منهما» بيان للأقل وقع حالاً، لا أنه متعلّق بالأقل؛ لأن أفعال التفضيل إذا استعمل باللام لا يستعمل بـ«من»، أو يجعل «من» بمعنى «في». (لا من ثلثيهما) أي: قال محمد: يسعى في الأقل من ثلثي قيمته ومن ثلثي بدل الكتابة.

اعلم أنّ الخلاف بينهم في الخيار والمقدار، والثاني مع الأول في المقدار، ومع الثالث في نفي الخيار. قيّد بقوله: «ولا مال»؛ لأنه لو كان له مالٌ غيره وهو يخرج من الثلث؛ عتق وبطل كتابته.

لهما: إن الإعتاق غير متجزّ، فلما مات المولى عتق كله، ولا فائدة في التخيير بين الدينين؛ لأنّ العاقل إنّما يختار أقلهما، إلا أنّ محمداً خالف أبا يوسف في المقدار؛ لأن بدل الكتابة كان مقابلاً بكّله، فلما عتق ثلث المدبر مجاناً بموت المولى؛ سقط⁵ حصته من بدل الكتابة، فيبقى الثلثان.

ولأبي يوسف: إن البدل وإن كان مقابلاً لكّله صورة، لكنّه مقابلٌ بثلثي قيمته معنى؛ لأن المدبر لا يلتزم المال بمقابلة ما يستحقّ عتقه، وهو الثلث.

¹ د: عن.

² ح: ولدهما.

³ د: يشأ.

⁴ د: مخير.

⁵ د: تسقط.

وله: إنَّ الإعتاقَ متجزّ، والمدبّرُ كان مستحقًّا عتقَ الثلثَ مجاناً، ولما كاتبه بعد ذلك صار بدلُ الكتابةِ مقابلاً بثلاثيه، فلما مات المولى عتقَ ثلثه، وتوجّهَ إليه في الباقي جهتا العتق، وهما التدبيرُ والكتابةُ، وأحكامُهُما مختلفةٌ، فيختارُ بينهما، وفي هذا التّخييرُ فائدةٌ؛ لأنَّ النّاسَ متفاوتون¹، فعسى أن يختارَ واحدٌ منهم الدينَ الكثيرَ المؤجّلَ على القليلِ المعجّلِ.

(أو دبّر) أي: إذا دبّر المولى (مكاتبه؛ جاز ومضى على الكتابة إن شاء، وإلا) أي: إن لم يشأ (عجّر نفسه، وصار مدبّراً) لأن الكتابةَ عقدٌ غيرُ لازمٍ في حقِّ العبد، وإن كان لازماً في حقِّ المولى.

(فإن مات) المولى (ولا مال له) سواه؛ (فهو يسعى في ثلثي قيمته، أو ثلثي البدل) عند أبي حنيفة؛ لأنَّ ثلثه عتق؛ لكونه مدبّراً، وبقي ثلثاه مملوكاً؛ لأنَّ الإعتاقَ متجزّ، فسقط من بدل الكتابةِ الثلثُ، فيختارُ منهما ما شاء. (وقال: في أقلّهما) يسعى؛ لأنَّ العاقلَ يختارُ أقلَّ الدينينِ ضرورةً.

(ولو كاتباه) أي: لو كاتب الشريكان عبداً بينهما، (فأعتقه أحدهما؛ فنصيبُ الآخر باقٍ على الكتابة) عند أبي حنيفة؛ لأنَّ الإعتاقَ متجزّ عنده. (ويوجب) أبو يوسف رحمه الله (على المعتق نصفَ قيمته قنّاً) لشريكه؛ لأنَّه بإعتاقِ نصيبه عتقَ نصيبَ شريكه؛ لكون الإعتاقَ غيرَ متجزّ، فانفسخت الكتابةُ؛ لأنَّ المكاتبَ ما دام مكاتباً لا يكون مملوكاً. (وأوجب) محمّدٌ (السّعيّة في الأقلّ من نصف قيمته ونصف البدل) لأنَّ المكاتبَ كان دائراً بين أمرين: إمّا أن يؤدّيَ البدلَ، أو يعجّرَ نفسه، فيكون رقاً، والمعتقُ ينبغي أن يملك نصيبَ شريكه بدلياً بين² نصف القيمة ونصف البدل، فيلزّمه³ ما هو متيقّنٌ، وهو الأقلُّ.

(والكتابةُ يتجزّأ) عند أبي حنيفة، فإذا كاتب أحدَ الشريكين نصيبه؛ صار نصّفهُ مكاتباً، وصار نصفُ كسبه له ونصفهُ للشريك، فإذا أدّى بدلَ الكتابة؛ عتق منه ذلك القدرُ، ويسعى فيما بقي من قيمته، وليس للمولى أن يطالبه في الحال، ولكن يجعله منجّماً بحسب طاقته. وقال: صار كلُّه مكاتباً، وكلُّ كسبه له، ويضمّن من كاتبه نصيبَ شريكه؛ لأنَّه يملكه عندهما.

(ولو اشترى أباه أو ابنه؛ دخل في كتابته) لأنَّ المكاتبَ أهلٌ لأنَّ يكاتبَ، فيتكاتبان عليه، كما لو كان خيراً فاشتراهما يعتقان عليه.

وفي «التيبين»: ذكر الأب والابن هنا وقع اتفاقاً؛ لأنَّ هذا الحكم غيرُ مختصٍّ بهما، بل جميعٌ من له قرابةُ الولاد يدخلون في كتابته⁴ تبعاً له.

وفي «الكفاية»: قيّد بقوله: «دخل»، ولم يقل: صار مكاتباً؛ لأنَّه لو كان مكاتباً أصالةً؛ لبقيت كتابته بعد عجز المكاتب الأصليّ، وليس كذلك، بل يعجز الدّاخلُ بعجز الأصليّ، حتى إذا عجز المكاتبُ تبع⁵ الأب؛ لأنَّ كتابةَ الداخل بطريق التبعيّة. (أو ذا رحمٍ محرمٍ منه) أي: لو اشترى المكاتبُ من لا وِلاَدَ له؛ لم يدخل في كتابته، (فله بيعه) عند أبي حنيفة. وقال: يتكاتب عليه، ولا يجوزُ له بيعه كما في الولاد؛ إذ وجوبُ الصّلةِ يشمل الكلَّ.

وله: إنَّ للمكاتب كسباً، وليس له ملكٌ حقيقةً؛ لوجود ما ينافيه، وهو الرقُّ، ولهذا لا يفسدُ نكاحُ امرأته لو اشترها، ومن كان كسوباً وفقيراً؛ تجب عليه نفقةٌ من له الوِلاَدُ دون نفقةٍ غيره من القرائب، والدخولُ في الكتابة صلّةٌ، فيختصُّ بموضع وجوب الصّلة.

قيّد بالمحرم؛ إذ في غيره لا يتكاتب عليه اتفاقاً.

(أو أمٌ ولده وهو معها) أي: إذا اشترى المكاتبُ زوجته التي ولدت منه بالنكاح والولّد معها؛ (يكاتب عليه) أي: يصير الولدُ مكاتباً عليه، (وخرم بيعها) لأنَّها تابعةٌ للولد؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «أعتقها ولدها»⁶.

قيّد بالمكاتب؛ لأنَّ المكاتبَةَ إذا اشترى زوجها؛ لا يتكاتب عليها، ولها أن تبيعه اتفاقاً. من «الحقائق».

(فإن لم يكن معها) أي: الولدُ مع الأمّ؛ (فله بيعها) عند أبي حنيفة. وقال: لا يجوز بيعها؛ لأنَّها أمٌ ولده، كالحزّ إذا اشترى أمٌ ولده، ولم يكن معها.

1 د: متفاوتون.

2 د: من.

3 د: فيلزم.

4 ح: كتابته.

5 د: بيع.

6 سنن ابن ماجه، العتق 2؛ مصنف عبد الرزاق، 233/7.

وله: إنَّ القياسَ كان جوازَ بيعها وإن كان الولدُ معها؛ لأن كسبَ المكاتب موقوفٌ بين أن يؤدِّي، فيتقرَّر له، وبين أن يعجزَ، فيتقرَّر للمولى، إلا أنَّ حرمةَ بيعها بتبعيةِ الولدِ إنَّما يثبتُ إذا ثبتَ للمتبوع، وبدونه لا يثبتُ.

والأصحُّ أنَّه على التَّفصيل: إن اشتراه أوَّلًا ثُمَّ اشترَاهَا؛ حُرِّمَ بيعُها؛ لأن الولدَ يكتابُ عليه أوَّلًا، وبواسطته تكتابُ أمه¹ إذا اشترَاهَا، إذا اشترَاهَا أوَّلًا؛ لا يحرمُ بيعُها؛ لانتفاءِ المقتضي، وهو تكتابُ الولدِ، ثُمَّ إذا اشترى الولدُ؛ حرمَ بيعُها عند شراءِ الولدِ؛ لوجودِ المقتضي.

(وإذا كاتب مسلمٌ عبده على خمرٍ أو خنزيرٍ أو قيمة نفسه؛ فسدت) الكتابةُ: أمَّا في الأولين؛ فلانعدام ماليتيهما، وأمَّا في الثاني؛ فلأنَّ قيمةَ العبدِ مجهولةٌ جنسًا بأنَّها من الدرهم أو من الدينار، وقد رآ؛ لاختلافه باختلاف المقومين، والجهالةُ فيها متفاحشةٌ. قيَّدَ بالمسلم؛ إذ الكتابةُ على الخمرِ إنَّما يفسدُ إذا كان المولى والعبدُ مسلمين، أو المولى مسلمٌ والعبدُ ذميًّا، أو على عكسه، أمَّا لو كانا ذميَّين؛ تجوزُ الكتابةُ².

(فإن أذى الخمرُ؛ حكَّمنا بعقده) لتحقُّقِ الشَّرطِ. وقال زفر: لا يعتقُّ إلا بأداء القيمة؛ لأنَّ البَدلَ في الكتابةِ الفاسدة هو القيمةُ، ولا يعتقُّ المكاتبُ بأداء غير البَدلِ.

قيَّدَ بالمسلم؛ لأنَّ الكافرَ لو كاتبَ عبده الكافرَ على خمرٍ، ثُمَّ أسلم؛ لا يعتقُّ بأداء الخمرِ اتِّفاقًا؛ لأنَّ العقدَ انعقدَ صحيحًا ابتداءً، وبعد الإسلام خرجت الخمرُ من أنَّ يكون بدلًا؛ لأنَّ المسلمَ ممنوعٌ عن تملكها وتمليكها، وبأداء غير البَدلِ لا يعتقُّ، بخلاف ما إذا كاتب المسلمُ عبده على خمرٍ حيثُ يعتقُّ بأداء الخمرِ؛ لأنَّ العقدَ فيه انعقدَ فاسدًا، فيعتقُّ بأداء البَدلِ المشروطِ فيه؛ لِمَا فيه من معنى التَّعليق. كذا في «التبيين».

(ويسعى في قيمته بالغة ما بلغت) لأنَّ العقدَ لَمَّا فسد؛ لزم رُدُّه إلى الرِّقِّ، وقد تعدَّر؛ لنفوذِ العتقِ فيه، فيلزمه قيمته، كالمشتري بشراءٍ فاسدٍ إذا اعتقَّ المبيعَ بعد القبض، ويزاؤُ على المسمَّى إذا زادت قيمته عليه؛ لأنَّ العبدَ راضٍ بالزيادةِ مخافةً بطلانِ حقِّه في العتقِ، فلا ينقضُ عنه؛ لأنَّ المولى لم يرضَ بما دونه.

(ويحكم به) أي: أبو يوسف بالعتق (لأداء عينها أو قيمتها) أي: قيمة عين الخمر؛ لأنَّ العينَ بدلٌ صورةً، والقيمةُ بدلٌ معنىً. (والعتقُ بأداء العين) أي: عين الخمر (معلَّقٌ باشتراطه) أي: موقوفٌ على جعلِ أدائها شرطًا، كما إذا قال: إن أديت إليَّ الخمرَ فأنت حرٌّ (في روايةٍ) عن أبي حنيفة، فحينئذٍ يعتقُّ بالشرطِ لا بالكتابةِ، كما لو كاتب على مائةٍ أو دمٍ، فإنَّه لا يعتقُّ إلا إذا نصَّ على الشَّرطِ. وأمَّا عند محمدٍ وأبي حنيفة؛ ففي ظاهر الرواية: يعتقُّ بأداء الخمرِ، صرَّحَ بذكرِ الشرطِ أو لم يصرِّحْ، والفرقُ بين الخمرِ والميتة: أنَّ الميتةَ ليست بمالٍ أصلاً، والخمرُ مالٌ، فانعقدَ العقدُ لماليتها.

(ويعتقُّ بأداء قيمة نفسه) إذا كاتبه عليها؛ لأنَّها هي البَدلِ، وجهاليتها إنَّما أثَّرتُ في فسادِ العقدِ، لا في اعتبارها فيه، بخلاف ما إذا كاتبه على ثوبٍ حيثُ لا يعتقُّ بأداء ثوبٍ؛ لأنَّ أجناسه متفاوتةٌ، ولم يبيِّرْ مرادُ العاقدِ، فلم يثبتَ العتقُ بدون إرادته.

(والكتابةُ على عينٍ في يد العبدِ) وهو من كسبه، كما إذا كان عبداً مأذوناً في التجارة، وكسبه قبل الكتابة (جائزة في روايةٍ) عن أبي حنيفة؛ لأنَّها كتابةٌ على بدلٍ معلومٍ مقدورٍ التسليم. (ويمنعها في أخرى) أي: لم يجوزَ أبو يوسف تلك الكتابةَ في روايةٍ أخرى عنه؛ لأنَّ المولى كاتبه على مالٍ نفسه، والكتابةُ إنَّما شرعتْ على مالٍ مكتسبٍ للعبدِ بعد العقدِ.

أراد بالعين: ما يتعيَّن بالتعيين، قيَّدَ به؛ لأنه لو كاتبه على درهمٍ في يده وهي كسبه؛ فجائزةٌ اتِّفاقًا، وكذا لو كاتبه على درهمٍ معلومةٍ لغيره؛ لأنَّ الدرهمَ في العقود لا يتعيَّن، فتعلَّقَ العقدُ بدرهمٍ دينٍ في الذمَّة، فصحَّ العقدُ. ولو كاتبه على عينٍ في يد غيره؛ فعن أبي حنيفة: إنَّها جائزةٌ، حتى إذا ملكها وسلَّمها؛ عتقَ، وإن عجزَ عن تسليمها؛ رُدَّ إلى الرِّقِّ، وعن أبي يوسف: إنَّ تسليمَ العينِ واجبٌ إن أجاز صاحبُها العقدَ، وإن لم يُجزَّ؛ وجب تسليمُ القيمةِ، وعن محمدٍ: إنَّها جائزةٌ إن أجاز صاحبُها العقدَ.

(أو على ألفٍ) أي: لو كاتبه على ألفِ درهمٍ (على أن يرُدَّ المولى عليه) أي: على المكاتب (عبدًا بغير عينه؛ يجيزها) أي: أبو يوسف الكتابةَ، فيقسمُ الألفَ على قيمته وقيمةِ عبدٍ وسطٍ، فيبطلُ منها حصَّةَ العبدِ، ويكون مكاتبًا بما بقي؛ لأنَّ عبدًا بغيرِ عينه يصلحُ أن يكون بدلًا للكتابةِ، وينصرفُ إلى الوسطِ، فكذا يصلحُ أن يكون مستثنىً. وقالوا: لا يجوزُ.

لهما: إنَّ العبدَ لا يجوزُ استثناءه من الألفِ؛ لعدم المجانسةِ، وإنَّما المستثنى هو قيمته، وهي لا يصلحُ بدلًا، فلم يصحَّ استثناءها من البَدلِ، فلم يجزَّ عقده للجهالةِ.

¹ د: أمها.

² د - قيد بالمسلم...

(أو على حيوانٍ غير موصوفٍ) فإن بين جنسه، ولم يذكر نوعه ووصفه، كما إذا كاتبه على عبدٍ، ولم يبين أنه أسودٌ أو أبيضٌ؛ (جازت) الكتابة؛ لأن الجهالة بعد ذكر الجنس يكون يسيرةً، فيتحمل¹ في الكتابة؛ لأنها مبنية على المسامحة. وقال الشافعي: لا يجوز؛ لأنه معاوضةٌ، وأشبه البيع، فلا يتحمل فيه الجهالة.

ولنا: إنها معاوضةٌ مالٍ بغير مالٍ، فأشبه النكاح، فيتحمل فيها الجهالة كما يتحمل في المهر. وأما إذا لم يبين الجنس كما إذا كاتبه على دابةٍ؛ فلا يجوز اتفاقاً؛ لأن الجهالة فاحشةٌ. أقول: عجباً من المصنف أنه أورد المسألة وفاقيةً مع أنها خلافيةٌ، أورد في شرحه خلاف الشافعي مع دليله من غير نقل تعدد قوله، وهكذا مذكورة في الكتب المعتمدة.

(وكتابة المرتد تبطل بقتله مرتداً) أي: بكونه مقتولاً حال ارتداده عند أبي حنيفة؛ لأن تصرفاته موقوفة عنده، فلما قُتل في ارتدادٍ؛ جعل كالميت من حين الردة، ولا تصرف للميت. (وبجيزها) أي²: أبو يوسف كتابة المرتد؛ لأن تصرفاته نافذة عنده، (كتصرف الصحّة لا مرض الموت) أي: قال محمد: تصرفاته نافذة كتصرفات المريض مرض الموت؛ لأنها صدرت منه بعد انعقاد سبب الهلاك، وهو الردة.

(ولو كاتبه الابن) أي: لو كاتب ابن المرتد عبد أبيه (بين ردة أبيه وقتله) أي: كونه مقتولاً على الردة؛ (أبطلناها) أي: تلك الكتابة. وقال زفر: جازت؛ لأن ابن المرتد ورثه عند القتل مستنداً إلى وقت الردة، فظهر أنه كاتب ملك نفسه.

ولنا: إن العبد لم يكن ملك ابنه وقت الكتابة، فلا ينفذ عليه عقده بملكٍ حادثٍ بعده، كما لو باع عبد غيره، ثم اشتراه. (ولو كاتبهما معاً) أي: لو كاتب رجلٌ عبديته كتابةً واحدةً (بألفٍ) أي بألفٍ موصوفةٍ ومشروطةٍ بأثمتها (إن أدباً عتقا، وإن عجزاً رداً) إلى الرق؛ (حكمتنا بعثتهما بأداء الكل) حتى لو أدى أحدهما حصته لا يعتق عندنا، (لا يعتق أحدهما بأداء نصيبه) أي: قال زفر: أي العبد الذي أدى حصته من الألف يعتق؛ لأن كلاً منهما التزم حصته نفسه، لا حصته الآخر، فيعتق بأداء حصته، كما لو كاتبهما على ألفٍ كتابةً واحدةً، ولم يرد عليه شرطاً.

ولنا: إنه علق عتقهما بأدائهما كلّ البذل، فلا يعتق أحدهما بدون كمال الشرط، كما لو قال: إن دخلتما هذه الدار فأنتما حُرّان؛ لا يعتق أحدهما بالدخول وحده، بخلاف ما استشهد به؛ لأن المولى لم يعلق عتقهما بأدائهما، فصار كلٌّ منهما ملتزماً بخصته، فيعتق بأدائه.

(أو على أن كلاً ضامن) أي: لو كاتب عبديته كتابةً واحدةً على أن كلاً منهما ضامنٌ عن الآخر؛ (عتقاً بأداء أحدهما) كلّ البذل؛ لأن كلاً منهما أصيلٌ في حق نفسه، وكفيلٌ في حق صاحبه، فأثمتا أدباً عتقا؛ لوجود الشرط. (ورجع على صاحبه بنصيبه) أي: بنصف ما أدى؛ لأنه قضى ديناً عليه بأمره، وكان القياس أنه لا يرجع؛ لأن كفالته غير صحيحة؛ لأنها إنما تصحّ بدينٍ صحيح، وبدل الكتابة غير صحيح كما مرّ في أوائل باب الكفالة، لكنّه يرجع هنا وتصحّ كفالته استحساناً؛ لأن عتقهما معلقٌ بأداء كلٍّ منهما. (أو على ألفٍ وخدمته أبداً) أي: لو كاتب عبده على ألفٍ وعلى أن يخدمه أبداً (فسدت) الكتابة؛ لأن هذا الشرط ينافي مقتضى العقد.

(فإن أداها) أي: الألف في هذه الصورة (وهي أكثر من قيمته؛ حكمنا بعثته من غير استرداد الفضل) أي: من غير أن يستردّ المكاتب ما زاد من قيمته على مولاه. وقال زفر: يستردّ.

قيد بقوله: «وهي أكثر»؛ لأن الألف لو كانت أقلّ من قيمته؛ يأخذ المولى منه تمام القيمة اتفاقاً. له: إن الواجب في الكتابة الفاسدة القيمة، لا الأكثر منها، فيستردّ الزائدة منها كما في البيع الفاسد. ولنا: إن العقد وإن اقتضى الاسترداد، لكنّ أداء الألف وقع شرطاً، وهو لا يقتضيه؛ لأن المشروط. وهو العتق. مترتب عليه، فلا يثبت حقّ الاسترداد بالشلّ.

(وإن عجز عن نجم) أي: إن عجز المكاتب عن أداء بدل شهر؛ ينظر الحاكم في حاله، (فإن كان له دينٌ يقبضه) الجملة صفة «دين»، أي: دينٌ يُرجى أن يكون مقبوضاً، (أو مالٌ يقدم) أي: يرجى قدومه، (أنظره الحاكم) أي: لم يعجل بتعجيزه، بل أمهله (يومين أو ثلاثة) نظراً للجانبيين، ولا يُراد عليها؛ لأن هذه المدّة مضرورة لإبلاء العذر كما في شرط الخيار وإمهال المرتد. (وإلا؛ عجزه)

¹ د: فتستعمل.

² د - أي.

أي: إن لم يكن للمكاتب جهةً يرحى منها وصولُ المال إليه حكم الحاكم بعجزه (بطلب مولاہ) بتعجيزه¹ وفسخ الكتابة، (وردّه في الرق، وأخذ المولى أكسابه) لأنّها كسبُ عبده، وصار الكتابة كأن لم يكن.

(ويأمره) أي: أبو يوسف الحاكم (بتأخيرہ نجمين) يعني: إذا عجز المكاتب عن نجم؛ لا يرُدُّ إلى الرق ما لم يتوال عليه نجمان عند أبي يوسف. وقال: يرُدُّ.

له: قولُ علي رضي الله عنه: إذا توالى على المكاتب نجمان، وعجز عن أداء بدلها؛ يرُدُّ إلى الرق. ولهما: ما روي عن ابن عمر: أن مكاتبًا له عجز عن نجم، فردَّ في الرق، وحديثُ علي رضي الله عنه ساكتٌ عن حكم نجم، ولا يدفعه، والعاجز عن نجم يكون أعجز عن نجمين غالبًا.

وإن عجز عند غير القاضي، فردّه مولاہ إلى الرق برضاه؛ جاز؛ لأن الفسخ صار بتراضيهما. (وإن مات عن مال) أي: إذا مات المكاتب وبقي له مال؛ (فُضِيَتْ كِتَابَتُهُ مِنْهُ) أي: أدّيت بدلُ كتابته من ذلك المال، (وَحُكِمَ بَعْتُهُ فِي آخِرِ حَيَاتِهِ) أي: في آخر جزو من أجزاء حياته، وما فضل منه يقسم بين ورثته، (وَلَا تُبْطَلُهَا) أي: الكتابة بموت المكاتب. وقال الشافعي: تبطل؛ لأن المقصود من هذا العقد العتق، فلم يمكن إثباته بعد الموت؛ لأن العتق قوّة، والموت عجز، فيتنايان، ولا إثباته قبله؛ لعدم الأداء.

ولنا: إنَّ البدل بموته انتقل إلى تركته كسائر ديونه، فيعتق لخلوِّ ذمته عن الدين، إلا أنَّه لا يُحكّم به ما لم يصل البدل إلى المولى رعايةً لحقه، ومتى أدّى منها؛ صار كأدائه بنفسه قبيل الموت.

(أو مات عن مولود في الكتابة) أي: إذا مات المكاتب بلا مال، وخلف ولدًا مولوداً في كتابته؛ (سعى كالأب) أي: سعى على نجومه؛ لأنه داخلٌ في كتابته وكسبه، وجعل أداءه كأداء أبيه، فإذا أدّى؛ حُكِمَ بَعْتُهُ أَبِيهِ فِي آخِرِ حَيَاتِهِ، وعتق الولد. (والولد المشتري) يعني: المكاتب إذا اشترى ولده وإن سفل، ومات بلا وفاق؛ (يؤدّي حالاً) أي: يعجل أداء بدل الكتابة عند أبي حنيفة. (وإلا؛ يرُدُّ) أي: إن لم يعجل أداءه يرُدُّ إلى الرق عنده. (وجعلاه كالأول) أي: قال: الولد المشتري كالمولود في كتابته في الأداء على نجومه؛ لأن المشتري يتكاتب عليه كالمولود في كتابته.

وله: إنَّ المولود في الكتابة كان متصلاً به وقت العقد؛ لأنه مأوّه، فسرى حكمه إليه، وقام مقام أبيه، وأمّا الولد المشتري يتكاتب عليه بحكم التبعية، فإذا فات العقد بفوات³ المتبوع؛ فات في حقّ التبع أيضاً، لكنه إذا عجل الأداء؛ صار كأنه مات عن وفاق، وإنَّ الكتابة باقية.

وكذا الخلاف في الأب المشتري وإن علا.

(ولو كاتبها) أي: المولى أمته (بشرط الخيار) ثلاثة أيام لنفسه، (فولدت في المدّة) أي: مدّة الخيار، (وهلكت، فأجاز) المولى عقده؛ (أبطلها) أي: محمداً كتابتها، ولا يصح إجازة المولى. (وقال: يسعى الولد كأبيه) وإذا أدّى عتقت الأم في آخر جزو من حياتها، وعتق ولدها.

وإنما وضع في خيار المولى؛ إذ في خيار الأمة موثها بمنزلة قبول الكتابة؛ لأن الخيار لا يورث من الحرّ، فكيف⁴ من المكاتبه؛ لكنّها كما أشرفت على الموت وعجزت عن التصرف بحكم الخيار؛ سقط خيارها. من «الحقائق».

له: إنَّ العقد بطل بموتها في المدّة كما في البيع، فلم يصح إجازة المولى بعده، ولم تصير⁵ مكاتبته حتى يقوم مقامها. ولهما: إنَّ الولد متّصلٌ بها وقت الانعقاد، فتناولهُ العقد على الصبغة التي انعقد عليها، وهو ترتب نفاذه على الإجازة، فقام الولد مقامها، فنفذ العقد عليه، وبسبب نفاذه عليه ينفذ على أمه مستنداً إلى وقت الانعقاد.

¹ د: تعجزه.

² د: يعني.

³ د: لفوات.

⁴ د - من الحر فكيف.

⁵ د: يصير.

(ولو لِحَقِّ) المكاتب (بدار الحرب مرتدًّا، وترك مالا؛ بمنعنا الحكم بموته) فبقي الأمر موقوفًا، (ثم إن عاد مسلمًا أخذه) أي: أخذ ماله، (وإن مات) المكاتب (أدي عنه) أي: أدي بدل الكتابة عن ماله. وقال زفر: لحاقه كموته، ويؤدى البدل منه، ويقسم الباقي بين ورثته.

ولنا: إنه ليس كالمتردِّ؛ لأن ملك المولى قائم في رقبته، وله حقُّ في كسبه باحتمال عوده مسلمًا وعجزه، فوجب التوفيقُ رعايةً لحقَّهما.

(ولو قتل) المكاتب رجلًا (خطأ، فصالح) ولي القتل (على مالٍ، أو أقرَّ به) أي: المكاتب بقتله خطأ (فقضى عليه) أي: الحاكم على المكاتب (بالقيمة) أي: بقيمته، (ثم عجز) عن أداء بدل الكتابة، (فردَّ) إلى الرقِّ، (أو أقرَّ به) أي: المكاتب أقرَّ بقتله (عمدًا، ثمَّ صالح) ولم يؤدِّ بدل الصلح حتى عجز؛ (فهو مطالبٌ به) أي: المكاتب يطلَّبُ بالمال (بعد العتق) عند أبي حنيفة. (وقالا: مطلقًا) أي: يطلَّبُ به في الحال، ويباغ فيه وبعده.

لهما: إنَّ صلحه صحيحٌ، واستقرَّ بدلُه دينًا عليه، ولهذا لو أذى بدلَه قبل أداء بدل الكتابة؛ جاز، فلا يبطل بعجزه كدين الاستهلاك.

وله: إنَّ المكاتب إنَّما يملك التجارة، والصلح عن دم العمد ليس بتجارة؛ لأنه بدل مالٍ بغير مالٍ، فينفذ في حقِّه، ويطلَّبُ به قبل عجزه؛ لأنه يؤدِّيه من كسبه، فلا ينفذ في حقِّ المولى إذا عجز، وكذا إقراره بالخطأ، وقضاء القاضي عليه بالقيمة غير لازم في حقِّ المولى دفعًا للضرر عنه، ولازم في حقِّه، فصار كعبدٍ محجورٍ أقرَّ بقتل شخصٍ عمدًا، وللقتل وليان؛ صحَّ إقراره في حقِّه ويُقتل به، ولو عفا أحدهما؛ انقلب نصيب الآخر مالًا، فالعبد يؤخذ به بعد العتق.

(ولو جنى) المكاتب (خطأ، ثمَّ عجز قبل القضاء) أي: قبل أن يقضى الحاكم بموجب الجنابة؛ (خيرنا مولاة بين الدَّفْع) أي: دفع عبده بالجنابة (والفداء) بأرشها، (ومنعنا مطالبة العبد في الحال) وقال زفر: له ذلك.

قيد بقوله: «قبل القضاء»؛ لأنه لو عجز بعده؛ فهو دينٌ يباغ فيه اتفاقًا؛ لأن الحقَّ انتقل من الرقبة إلى القيمة بالقضاء. له: إنَّ موجب الجنابة. وهو القيمة. كان دينًا على المكاتب؛ لأن المانع من الدَّفْع موجود وقت الجنابة، وهو الكتابة، فيبقى بعد عجزه، كما لو عجز بعد القضاء بالقيمة.

ولنا: إنَّ الأصل في جنابة العبد الدَّفْع، وإنَّما يُصار إلى القيمة عند تعذر الدَّفْع، والمانع. وهو الكتابة. كان محتملاً للفسخ، فلم يثبت الانتقال إلى القيمة إلا بالقضاء، أو بالصُّلح عن الرضاء، أو بالموت عن الوفاء.

(ولو تكررت) جنابة المكاتب (قبل القضاء) بموجبه؛ (أو جنبا قيمة واحدة) فيسعى للأولياء في الأقلِّ من قيمته ومن أرش الجنابة؛ لأن دفع نفسه متعذرٌ لكونه مكاتبًا. (لا متعدِّدة) أي: قال زفر: يلزم¹ لكلِّ جنابةٍ قيمةٌ تامةٌ على حدة.

قيد بقوله: «قبل القضاء»؛ لأن المكاتب لو جنى بعدما قضي عليه بموجب الجنابة الأولى؛ تجب للثاني قيمةٌ أخرى اتفاقًا. له: إنَّ رعاية حقِّ الكلِّ واجبةٌ، فيجب² لكلِّ جنابةٍ قيمةٌ كما لو جنى بعد القضاء.

ولنا: إنَّ جنابات العبد تعلق³ برقبته دفعًا، إلا إذا امتنع الدَّفْع، فتجب القيمة، وهنا المكاتب لم يمنع إلا رقبةً واحدةً، فلا تجب إلا قيمةً واحدةً، وأما إذا قضي للأول؛ تحوَّل موجب الجنابة الأولى من رقبته إلى قيمته دينًا عليه في ذمته، وإذا جنى جنابةً ثانيةً؛ تعلق موجبها برقبته؛ لأنَّها فرغت عن الشُّغل الأول، وهذا شغلٌ مبتدأ، وهكذا الثالثة والرابعة.

(وإذا مات المولى لم يفسخ) عقد الكتابة؛ لأنه سببٌ لحرية المكاتب، فلا يجوزُ إبطاله، (ويؤدى الكتابة) أي: بدلها (على نجومها إلى الورثة، ويسقط البدل، ويعتقُ باعتاقهم) أي: باعتاق الورثة كلِّهم؛ لأنَّهم أبرؤوه عن حقوقهم، فيعتق كما لو أبرأه مولاة، (لا بأحدهم) أي: لا يعتق باعتاق أحدهم؛ لأنه أبرأه⁴ حقَّه فقط، وكان بأداء بعض البدل لا يعتق، فكذا بإبراء بعضه.

(ولو مات) المولى (وقد كاتبه في مرضه) أي: مرض الموت (بالف إلى سنة، وقيمتُه نصُّها) أي: نصف الألف، (ولا مال، ولا إجازة) أي: والحال أن لا مال للمولى غيره، ولم تجز الورثة كتابته؛ (أفتى) محمدٌ (بأن يعجل ثلثي قيمته) أي: يؤدِّي حالًا ثلاثمائة

¹ د: تلم.

² د: فنجب.

³ ح: يتعلق.

⁴ د: أبرأ.

وثلاثاً وثلاثين وثلث درهم، ويكون الباقي عليه إلى أجله، (وإلا؛ يرد) أي: إن لم يفعل كذلك يرد إلى الرق. (وهما بتلثي البدل) أي: هما أفتيا بأن يعجل ثلثي الألف، وهي ستمائة وستة وستون وثلثا درهم (ويتأجل الباقي).

قيد بأن يكون قيمته نصف البدل؛ لأنه لو كان بدل الكتابة نصف قيمته، ولم تجز الورثة؛ يفتى بأن يعجل ثلثي قيمته اتفاقاً؛ لأن المحاباة وجدت في القدر والأجل، فوجب اعتبار الكل من ثلث ماله. وفي «الحقائق»: هذا التقدير ليس بلازم، بل المراد: أن بدل الكتابة أكثر من قيمته.

وضع المسألة في عبد كاتبه على أكثر من قيمته، فإنه لو كاتبه على مثل قيمته بأن كانت قيمته ألفاً، فكاتبه على ألف منجم، يقال له: عجل ثلثي بدل الكتابة، والثلث عليك إلى أجله اتفاقاً؛ لأن التأجيل من المريض تبرع، وتبرع المريض يصح، فيصح الأجل في ثلثه، ولا يصح في الثلثين، فيبقى الثلثان، ولو كاتبه على أقل من قيمته بأن كانت قيمته ألفاً وكاتبه على خمسمائة يقال له: عجل ثلثي قيمتك، وإلا؛ زددت إلى الرق اتفاقاً.

له: إن المريض كان يملك ترك ما زاد على القيمة بأن يكاتبه على قيمته، فيملك تأجيله بالطريق الأولى؛ لأن التأخير أهون من الإبطال، وصار كما لو خالع امرأته في مرض موته على ألف إلى سنة، فإنه يُعتبر من كل المال؛ لأنه لو طلقها بلا بدل صح، فصح تأجيله.

ولهما: إن حق الورثة كان متعلقاً بجميع المبدل، فيصير متعلقاً بجميع البدل، وقد تبرع بتأجيله، فلا يصح في قدر الثلثين منه، بخلاف بدل الخلع؛ لأن حق الورثة لم يكن متعلقاً بجميع المبدل، وهو البضع، فلا يصير متعلقاً بالبدل. وحاصل الخلاف: إن المحاباة بالأجل تُعتبر¹ وصية من الثلث عندهما؛ لأنه تبرع، وعنده: يُعتبر في قدر القيمة من الثلث، وفيما زاد عليه من رأس المال.

(ولو أوصى مكاتب بالثلث، ثم أعتق، ثم مات؛ فهي) أي: الوصية (باطلة) عند أبي حنيفة. وقال: صحيحة.

قيد بقوله: «ثم أعتق»؛ لأنه لو مات قبل أداء بدل الكتابة؛ بطلت وصيته اتفاقاً.

اعلم أن الخلاف في المال الذي اكتسبه بعد العتق، وأما فيما اكتسبه قبله؛ فلم تثبت الوصية اتفاقاً. وكذا الخلاف فيما إذا قال: إذا مت فقد أوصيت بثلث مالي، وأما إذا قال: إذا أعتقت فقد أوصيت بثلث مالي؛ صحّت الوصية اتفاقاً. كذا في «الكافي». لهما: إنه أهل للوصية وقت الموت، والمعتبر أهليته عنده. وله: إنه وقت الوصية لم يكن أهلاً للتبرع، فيبطل.

(فصل) في الولاء

وهو من الولي، وهو القرب، فهي قرابة حكيمية حاصلية من العتق أو من الموالاة.

(ينبت ولاء العناقة لمن أعتق، أو باشر سببه) كالكتابة والاستيلاء وشراء القريب وغيرها، (أو حصل على ملكه) كمن ورث قريبه، فإنه يعتق عليه، وولاؤه له؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «الولاء لمن أعتق»².

(ذكر كان أو أنى).

(ولو شرطه) أي: المعتق الولاء (لغيره، أو سائبة) أي: لو شرط أن يكون معتقاً ولا ولاء بينهما؛ (بطل الشرط) لأنه شرط

مخالف للحديث المروي، وهو: «الولاء لمن أعتق».

(وإذا مات المعتق؛ قدمت عصبته النسبية على مولاة) لما روي أنه صلى الله عليه وسلم قال لرجل اشترى عبداً فأعتقه: «هو

أخوك ومولاك، إن مات ولم يترك وارثاً؛ كنت أنت عصبته»³، أراد بالوارث: العصب؛ لما روي أن ابنة حمزة أعتقت عبداً، فمات وترك بنتاً، فجعل رسول الله نصف ماله لبنته، ونصفه لابنة حمزة⁵.

1 ح: يعتبر.

2 صحيح البخاري، العتق 21، 24؛ صحيح مسلم، العتق 5، 6، 8.

3 سنن الدارمي، الفرائض 31.

4 د: فترك.

5 مصنف ابن أبي شيبة، 245/16؛ المعجم الكبير للطبراني، 24/356.

(وإن مات المولى، ثُمَّ المَعْتَقُ؛ وَرَثَهُ بنو مولاه دون بناته، ليس للنساء من الولاء إلا ما أعتقن، أو أعتقن من أعتقن، أو كَاتِبِينَ، أو كَاتِبٍ من كَاتِبِينَ، أو جَرَّ ولاءَ معتقهنَّ). اعلم أنَّ قوله: «ليس للنساء» إلى هنا لفظُ الحديث، وأورده المصنِّفُ في كتابه تحصيلًا لحكمه، ولم يبيِّن كونه حديثًا لشهرته.

(بأن زَوَّجَتْ عَبْدَهَا مَعْتَقَةَ الْغَيْرِ، فولدت؛ كان ولاؤه لمواليها) أي: ولاء ذلك الولد يكون لموالي أمه؛ لأن أباه عبدٌ لا ولاء له. (فإن أعتق) أبُ الولد (جَرَّ ولاء ابنه إلى مواليه).

أقول: لو قال: ولاء ولده؛ لكان أوَّلِي؛ ليشمل البنات.

هذه صورةُ جَرِّ ولاء معتقهنَّ، وكذلك الحكمُ في معتق معتقهنَّ، صورته: أن تعتق المرأة عبدًا، فيشتري العتيق عبدًا، فزوجه معتقة الغير، فإن ولدت منه ولدًا؛ فولَّاه لمولى¹ أمه لما بينا، فإن أعتق معتق المرأة عبده؛ جَرَّ ولاء الولد إليه، ويكون ذلك الولاء لمن أعتقه.

(ولو أعتقت) أي: إذا تزوج عبدٌ أمة الغير، فأعتقها مولاها (وهي حاملٌ، أو أنت به) أي: الأمة بولده (لأقلَّ من ستَّة أشهرٍ من حينه) أي: من وقت عتقها؛ (لم ينتقل) الولاء من مولى الأم (أبدًا) لأنه² لَمَّا عتقت وتيقن وجود الحمل في ذلك الوقت؛ عتق حملها مقصودًا؛ لأنه جزؤها، فلا ينتقل من مواليها الولاء على التأييد؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «الولاء لمن أعتق»³.

(أو لأكثرَ منها) أي: لو أتت بولدٍ لأكثرَ من ستَّة أشهرٍ من وقت عتقها؛ (جَرَّ العتيق ولاء ابنه) من موالي الأم إلى مواليه، يعني: ولاء الولد قبل عتق أبيه كان لمولى الأم؛ لأن وجود الولد وقت العتق غير متيقن حتى يرد العتق عليه، فيعتق الولد تبعًا لأمه، فيتبعها في ولاءها، فبعد عتق أبيه؛ جَرَّ الأبُ ولاء ابنه إلى مواليه.

هذا إذا لم تكن معتدة، وإن كانت معتدة، فجاءت بولدٍ لأكثرَ من ستَّة أشهرٍ من وقت العتق، ولأقلَّ من سنتين من وقت الفراق؛ لا ينتقل ولاؤه إلى موالي الأب؛ لأنه كان موجودًا عند عتق الأم، ولهذا ثبت نسبه من الزوج.

(وإذا ولدت معتقة) سواء كانت معتقة العرب أو العجم، ولفظُ العرب وقع اتفاقًا في عبارة القدوري في «مختصره»، وهي من تزوج من العجم بمعتقة العرب. (من أعجمي) حُرُّ الأصل، (أو من مولى مولاة) أي: من رجلٍ والى رجلًا ولاء المولاة. (يجعل) أبو يوسف (ولاءه لمولى أبيه) أي: لعصبته. (وقال: لمولى أمه).

قيَّد بالأعجمي؛ لأن أباه لو كان عربيًّا؛ يكون ولاؤه لمولى أبيه اتفاقًا لشرف نسبه.

وقيدنا⁴ بحرِّ الأصل؛ لأن الأبوين لو كانا معتقين؛ فالنسبة إلى قوم الأب اتفاقًا؛ لأنهما استويا، والترجيحُ لجانب الأب.

وقيد بمولى مولاة؛ لأنه لو كان مولى عتاقه؛ فولَّاه لمولى أبيه اتفاقًا.

له: إنَّ الولاء كالنسب؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «الولاء لُحْمَةٌ كُلِّ حِمَّةٍ النَّسَبُ»⁵، والنسب ثابتٌ من الآباء، فكذا الولاء.

ولهما: إنَّ ولاء العتاقة قويٌّ، والنسب بين الأعجميين ضعيفٌ؛ لأنَّهم ضيعوا أنسابهم، ولا تفاحر لهم به، وكذا ولاء المولاة ضعيفٌ، ولهذا يقبلُ الفسخ، والضَّعيفُ لا يعارض القويَّ، بخلاف ما إذا كان الأبُ عربيًّا؛ لأن النسب فيهم قويٌّ لتفاحرهم به.

(وإذا أسلم على يد رجلٍ، ووالاه، أو والى غيره على أن يرثه) أي: ذلك الرجل منه (إذا مات، ويعقل عنه إذا جنى) يعني:

يعطي ذلك الرجلُ ديةً جنابةً من والاه؛ (صحَّ إن لم يكن مولى عتاقه) قيَّد به؛ لأنه قويٌّ لا ينفسخ، فلا يظهرُ بوجوده الأدنى، وهو المولاة. ولو شرط الإرث والعقل من الجانبين؛ جاز، وكان كما شرط.

ومن شروط المولاة: أن يكون عاقدُ الولاء عاقلًا بالغًا حُرًّا، ولو والى الصبيِّ بإذن أبيه جاز؛ لأنه من أهل الولاء، ولو والى العبدُ بإذن مولاه جاز أيضًا، ويكون الولاء لمولاه، والعبدُ وكيلاً عنه.

ومن شروطها: أن لا يكون المولى عربيًّا؛ لأن العرب يتناصرُ بأنسابها، وذلك أغناهم من نصرة المولاة.

وأما إسلامه على يده؛ فليس بشرطٍ، وإليه أشار المصنِّفُ بقوله: «أو والى غيره»، وكذا كونه مجهولُ النسب ليس بشرطٍ عند البعض، وهو المختارُ.

¹ د: لموالي.

² د: لأنها.

³ صحيح البخاري، العتق 21، 24؛ صحيح مسلم، العتق 5، 6، 8.

⁴ د: قيدنا.

⁵ سنن الدارمي، الفرائض 53؛ صحيح ابن حبان، 325/11.

(ونورثه إذا لم يكن له¹ وارث) أي: إذا مات المولى، ولم يكن له وارث؛ ورثه صاحبه كما شرط. وقال الشافعي: لا يرث؛ لأن سبب الإرث القرابة، أو الزوجية، أو العتق بالنص، ولم يوجد في المولاة واحد منها. ولنا: ما روي عن عمر وعلي وابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهم أنهم قالوا بالتوريث بولاء المولاة²، ولم³ يُزو عن غيرهم خلافه.

(ويجوز فسخه قولاً) أي: لكل من الجانبين أن ينفرد⁴ بفسخه بغير رضا صاحبه؛ لأنه عقد تبرع، فلا يكون لازماً، لكن إنما يفسخه بحضرة صاحبه؛ لأن العقد تمّ بهما، فلا يفسخه أحدهما إلا بحضرة صاحبه كالمضاربة والشركة. (وفعلاً) أي: يجوز فسخه بالفعل، كما إذا والى الأسفل رجلاً آخر، فيكون ذلك فسخاً للعقد مع الأول وإن لم يكن بمحض منه؛ لأن انفساخ العقد في حق الأول ثبت ضمناً؛ لصحة العقد مع الثاني، فصار كالعزل الحكمي في الوكالة. (إلا أن يعقل عنه) فحينئذ لم يكن له أن يتحوّل بولائه إلى آخر؛ لتعلق حق الغير به. (ولو أقر به عتاقه) أي: لو أقر رجلاً بأنه مولى فلان عتاقه (فقال: بل مولاة) أي: قال فلان: أنت مولاي مولى المولاة؛ (يثبت المولاة) اتِّفاقاً؛ لتصادقهما على أصل الولاء، (والانتقال عنها لا يجوز) يعني: لو أقر بالولاء لآخر؛ لم يجز عند أبي حنيفة. وقالوا: يجوز.

(وكذا لو كذبه فيه) أي: المقر له المقر في الولاء (أصلاً) بأن قال: ما أعتقتك ولا أعرفك، (ثم أقر به لغيره) لا يجوز عنده خلافاً لهما. قيّد الإقرار بولاء العتق؛ لأنه لو أقر له بولاء المولاة، وأدعى المقر له ولأه العتاق؛ فهو مولاة، لكن له أن يتحوّل عنه ما لم يعقل عنه اتِّفاقاً؛ لأن ولأه العتاق لا يثبت بمجرد دعواه. ولهما؛ إن الثابت هنا ولأه المولاة، وهو يقبل الفسخ والنقل؛ لأن الولاء إنما يثبت بتصديق المقر له، فثبت بقدر ما صدقه، وهو إنما صدقه لولاء⁵ المولاة، وهو يقبل النقل، وفي صورة التّكذيب لمّا بطل إقراره بتكذيب المقر له؛ صار كأن لم يكن، فيجوز إقراره لغيره.

وله: إن الثابت هنا ولأه العتاق؛ لأن المقر زعم أن عليه ولأه العتاق، فيعامل بإقراره؛ لزعمه أنه محقّ فيه، فيؤاخذ بزعمه، وفي مسألة التّكذيب إنّه أقر بما لا يحتمل التّقص، فزعمه حكمه، ولا يبطل ذلك⁶ بالتّكذيب.

(وإذا ولدت مجهول النسب بعد أن والت؛ فهو تبع لها فيه) أي: الولد تابع لأمه في الولاء عند أبي حنيفة، فيكون مولى لمولاه. (وكذا لو أقرت به) أي: بالولاء لفلان، فصدّقها، (أو أنشأته وهو معها) أي: والحال أن في يدها صبياً مجهول النسب. وهذا قيّد للمسألتين الأخيرتين، فالحكم فيهما عنده أنه تابع لأمه في الولاء كما في المسألة السابقة. وقالوا: لا يثبت ولأه ولدها لمولاه في هذه الصورة.

لهما: إن الأم لا ولاية لها على مال الصّغير، فلا يكون لها ولاية على نفسه. وله: إن الولاء بمنزلة النسب، فيكون نفعاً محضاً في حق الصّغير المجهول النسب، فتملك⁷ الأم إثباته بالإنشاء أو الإقرار. والله أعلم.

(كتاب الجنائيات)

أراد بالجنائيات هنا: الفعل الضارّ الصادر من الجنائي على نفس غيره أو على طرفه؛ لأنه لو صدّر منه على مال غيره؛ يكون غضباً، وعلى عرضه؛ يكون غيبةً، وهذا الباب ليس لبيانهما.

1 - د - له.

2

3 - د: فلم.

4 - د: ينفرد.

5 - ح: بمولى.

6 - ح - ذلك.

7 - د: فيملك.

(وينقسمُ القتْلُ إلى عمدٍ، وشبهه، وخطأٍ وما في حكمه، وما هو بسببٍ) وكلٌّ من هذه الأقسام مفسَّرٌ في المتن عند بيان حكمه.

(فإذا قصدَه سلاحٌ أو ما ناسبه) في تفریق الأجزاء كالخشب المحدّد ونحوها؛ (كان عمدًا). وفي «الخانية»: في ظاهر الرواية في الحديد وما يشبهه كالنحاس وغيره لا يشترط¹ الجرح لوجوب القصاص. وذكر الطحاوي عن أبي حنيفة: إذا قتلَه بسنجة الميزان أو عمودٍ لا حدة له؛ فهو ليس بعمدٍ محضٍ. (فيأثم) لقوله تعالى: ﴿وَمَنْ يَفْتُلْ² مُؤْمِنًا مُتَعَمِدًا فَعَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ﴾ [النساء، 93/4]. (ولا نوجب الكفارة) وقال الشافعي: هي واجبة؛ لأنها شرعت لمحو الإثم، والإثم في العمد أكثر، وكان أحوج إلى التكفير. ولنا: قوله صلى الله عليه وسلم: «خمسٌ من الكبائر لا كفارةَ فيها: الإشراك بالله، وعقوقُ الوالدين، والفراؤُ من الزحف، وقتلُ النفسِ عمدًا، واليمينُ الغموسُ»³.

(ونوجبُ به القود) أي: بالعمد القصاص. (لا الخيارَ بينه وبين الدية) أي: قال الشافعي في قول: وليُّ القتلِ مختيرٌ بين القود والدية يطالبُ بأيهما شاء بغير رضا القاتل؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «من قتل قتيلاً؛ فأهلُه بين خيرتين، إن أحبوا قتلوا، وإن أحبوا أخذوا الدية»⁴.

ولنا: قوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ﴾ [البقرة، 178/2] الآية، وتأويلُ ما رواه: إن أحبوا قتلوا رضي به القاتلُ أو لم يرض، وإن أحبوا أخذوا الدية إن رضي به القاتلُ. (إلا أن يموت) القاتلُ، (أو يعفو الأولياء) فيسقط القود؛ لفوات محلِّ الاستيفاء في الأول، وسقوط حقوقهم في الثاني. (أو يصلحوه على مالٍ برضاه) أي: رضا القاتل، (فيجب) بدلُ الصلح قليلاً كان أو كثيراً، (في ماله) على ما اصطلاحاً عليه من تعجيلٍ أو تأجيلٍ أو تنجيمٍ، وإن لم يذكر شيئاً؛ كان المألُ حالاً كسائر المعاضات عند الإطلاق. (أو يسقط) القصاص (بشبهة) كما في قتل الوالد ولده عمدًا، (فيجب الدية في ماله) أي: مال القاتل (في ثلاث سنين) لأنه مألٌ وجب بالقتل ابتداءً، فأشبهه شبهة العمد.

(أو يعفو⁵ بعضهم أو يصلح) عن نصيبه، فيسقط القصاص عن كلِّ الورثة؛ لأنه لا يتجزأ، فلما سقط القصاص في نصيب غير العافي أو المصلح؛ انقلب حقه مألًا؛ لئلا يسقط بلا عوضٍ، ولم يجب على القاتل؛ لعدم التزامه. (فتجب بقيتها) أي: بقية الدية (على العاقلة) لأنه مألٌ وجب بغير قصدٍ من القاتل، فصار كالخطأ. (واعتبرنا بالصلح في مرض الموت) يعني: صلح القاتل عن قتل العمد في مرض موته معتبرٌ (من كلِّ المال، لا ثلثه) بالجزء. أي: قال زفر: معتبرٌ من ثلث ماله؛ لأن ما أعطاه تبرعٌ؛ لكونه غيرَ مقابلٍ بمالٍ، فيعتبر من الثلث. ولنا: إنَّه في مقابلةِ أعزِّ الأشياء، وهو النفسُ، فلا يكون متبرعًا. (فجعلوا⁶ شبهة العمد نوعًا) من القتل؛ لأن الصحابة أجمعوا على أنه نوعٌ للقتل، وفرعوا عليه أحكامًا. وقال مالك: إنَّه ليس نوعًا له، بل القتلُ نوعان: عمدٌ وخطأٌ؛ إذ لا واسطة بينهما كما في سائر الأفعال.

(وهو أن يقصده) أي: الضرب (بما لا يفرق الأجزاء) عند أبي حنيفة، كالحجر العظيم والخشبة العظيمة. (وقالا: بما لا يقتل غالبًا) كالسوط والعصا الصغيرة.

وفي «الحقائق»: هذا إذا لم يوال في الضربات، فإن والى بحيث يقتل بمثله؛ فهو عمدٌ محضٌ عندهما. لهما: إنَّ معنى العمد فيه متقاصرٌ؛ لكونه مستعملًا آله صغيرةً، وأمَّا في الحجر العظيم ونحوه؛ فمعنى العمد متكاملٌ ومفضٍ إلى القتل كالسيف، فيجب به القصاصُ.

¹ د: يشرط.

² د: قتل.

³ لم نجد لهذا اللفظ إلا في الاختيار للموصلي، 47/4؛ وانظر بمعناه: صحيح البخاري، الإيمان 15؛ سنن النسائي، تحريم الدم 3.

⁴ تهذيب الآثار للطبري، 29/1؛ شرح مختصر الطحاوي للجصاص، 354/5.

⁵ د: ويعفو.

⁶ د: وجعلوا.

وله: إنَّ المتَّقِلَّ ليس بآلِهٍ للقتل، واستعمال غير آله يدلُّ على أنَّه غيرُ قاصِدٍ للقتل، فكان ذلك خطأ يشبهه العمد.
 (ويجب به) أي: يشبه العمد (الإثم) لأنه ارتكب ما هو محرَّم. (والتَّكْفِيرُ بعِتْقِ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ) لمشابهته بالخطأ، (فإن لم يجد؛ فبصوم شهرين متتابعين) أي: إن لم يجد رقبة؛ يجب التَّكْفِيرُ بصوم؛ لقوله تعالى: ﴿وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ﴾ [النساء، 92/4]، فإن لم يجد فيصوم شهرين متتابعين، والإطعام فيها غير مشروع؛ لأنه غير منصوص عليه، وإثبات البدل بالرأي لا يجوز، ولا قصاص في شبه العمد؛ لتمكُّن الشبهة في عمده.

(والدية) أي: تجب الدية (المغلظة على العاقلة) لإجماع الصحابة على ذلك.
 (ويكون) شبه العمد (عمداً فيما دون النَّفْسِ) لأن الإلتلاف فيما دونها من الأعضاء لا يختصُّ بآله دون آله كما في النَّفْسِ، فصار المعترَّب فيه محرَّجاً تعمُّد الصَّرْبِ.

(وإذا رمى غرضاً) أي: جسماً يقصد برميهِ تعلُّم إصابة المحلِّ، (فأصاب آدمياً، أو من يظنُّه حريباً) أي: إذا رمى شخصاً ظنُّه حريباً، (فإذا هو مسلمٌ؛ فقد أخطأ) أي: في فعله في الصُّورة الأولى، وفي قصده في الصُّورة الثَّانية، لكنَّ الخطأ في الأولى أقوى؛ لأنه إذا وقع في الفعل؛ كان واقعاً في القصد أيضاً. (فلا إثم) أي: ليس في الخطأ إثم العمد.
 (وتجب الكفارة) في الخطأ؛ لأن فيه إثم ترك التَّثْبُت في الأمور، (والدية على العاقلة).

(وإذا انقلب النَّائم على غيره، فقتله) أي: النَّائم ذلك الغير؛ (أجرى مجراه) أي: مجرى الخطأ في جميع أحكامه، وفعل النَّائم ليس بعمد؛ إذ لا قصد له، ولا خطأ؛ لأن ترك التَّثْبُت إنَّما يُصوِّرُ في القصد، والنَّائم لا قصد له.
 (وإذا حفر بئراً، أو وضع حجراً في غير ملكه، فعطب به¹ إنساناً) أي: هلك؛ (وجبت دية العاقلة) لأنه لكما صار سبباً للإلتلاف؛ جعله الشرع كالمتلَّف خطأ (لا غير) أي: لا تجب فيه الكفارة كما في الخطأ.

نَبَّه بقوله: «في غير ملكه» إلى أنَّه لو فعله في ملكه لا يضمن ما تَلَفَ به؛ لأنه مأذونٌ في فعله، فلم يكن متعمداً فيه.
 (ويضمن غير الآدمي) يعني: إن أتلَّف بالسببية ما لم يكن آدمياً كالعروض وغيرها يضمنه (من ماله) لأن العاقلة لا يعقل الأموال.
 (ونحو الميراث بالكلِّ) أي: ميراث القاتل عن المقتول بكلِّ أنواع القتل. (لا بالتسبب) وقال الشافعي: يحرم الميراث بالقتل بالسبب أيضاً؛ لأن الشارع جعله كمباشر القتل في إيجاب الضَّمان عليه، فبوَّأ عليه سائر أحكامه.
 ولنا: إنَّه ليس بمباشر الفعل حقيقةً، وإنَّما ألحق بالمباشر في إيجاب الضَّمان على خلاف القياس صيانةً للدم عن الهدر، فبقي في حقِّ الكفارة وحرمان الإرث على الأصل.

(ونجعل عمداً الصبي والمجنون خطأً، فنوجب الدية على عاقلتهما، لا في مالهما، ولا نحرهما الميراث، ولا نوجب عليهما الكفارة) وقال الشافعي: تجب الدية والكفارة في مالهما، وحرمان عن الإرث؛ لأن العمد وجد منهما حقيقةً، فتوفَّر عليه أحكامه، إلا أنَّ القصاص سقط عنهما؛ لأنَّهما ليسا من أهل العقوبة.

ولنا: ما روي أنَّ علياً رضي الله عنه أوجب دية المجنون حين قتل رجلاً بالسيف على عاقلته، وقال: عمده وخطؤه سواء، وحرمان إرثه ووجوب الدية والكفارة في ماله عقوبةً، فلا يلزمهما؛ لأنَّهما ليسا من أهلها.

(وتقتض من حرِّ العبد، ومسلمٍ لدمي) أي: إذا قتل حرٌّ عبداً ومسلمٌ ذمياً؛ يقتل الحرُّ والمسلمُ قصاصاً. وقال الشافعي: لا يقتلان؛ لأن مبنى القصاص على المساواة، وهي منتفية بين الحرِّ والعبد، وهو ظاهرٌ، وكذا بين المسلم والذمي؛ لأن العصمة تثبت للذميِّ بعرض عقد الدِّمة، فلا يكون كالمسلم، بخلاف الذميِّ إذا قتل ذمياً، ثمَّ أسلم؛ فعليه القصاص اتِّفاقاً؛ لوجود المساواة بينهما وقت الجناية.

ولنا: عمومُ قوله تعالى: ﴿أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ﴾ [المائدة، 45/5]، وما روي أنَّ النبيَّ صلى الله عليه وسلم أقاد مسلماً بدميِّ، وقال: «أنا أحقُّ من وفي بدمته»².

¹ د: فعطبه.

² مصنف ابن أبي شيبة، 180/14؛ شرح معاني الآثار للطحاوي، 195/3؛ سنن الدارقطني، 157/4.

(ولا يقتلان) أي: المسلم والذمي (بمستأمن) إتِّفَاقًا؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «لا يُقتلُ مسلمٌ بكافرٍ، ولا ذو عهدٍ في عهده»¹، أراد بالكافر هنا: الحربى المستأمن بقرينة عطفِ قوله: «ولا ذو عهدٍ» عليه، معناه: لا يُقتلُ مسلمٌ ولا ذميٌّ ما دام في ذمته بكافرٍ مستأمنٍ.

(ويقتل الرجل بالمرأة، والكبير بالصغير، والصحيح بالأعمى، والزَّمن والمجنون) لعموم قوله تعالى: ﴿أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ﴾ [المائدة، 45/5].

(لا يعبد) أي: لا يُقتلُ المولى بعبدِه وإن كان مالكا بشقصٍ منه، (وعبدٌ ولده، ومكاتبه، ومدبره، وأمٌ ولده) لأن غيرَ المولى لو قتلهم؛ كان القصاصُ له، فلا يجوز أن يجب عليه على نفسه قصاصٌ.

(ولا والدٌ) أي: لا يُقتلُ والدٌ (وإن علا بولده وإن سفل، ولم يقتصوا منه لو ذبحه) أي: لو ذبح الوالدُ ولده؛ لا يُقتصُّ لأجله. وقال مالكٌ: يقتصُّ.

قَيِّدُ بالدَّبْحِ؛ لأنه لو قتلَه ضربًا بالسَّيْفِ لا يُقتصُّ إتِّفَاقًا.

له: إنَّه قتل ولده عمدًا بلا تأويلٍ، فيجب القصاصُ، بخلاف ما لو ضربه بالسَّيْفِ؛ لاحتمال أن يكون ضربه للتأديب له، فسرى إلى النَّفْسِ من غير قصدٍ، فأورث شبهةً.

ولنا: قوله صلى الله عليه وسلم: «لا يُقَادُ الوالدُ بولده، ولا السيِّدُ بعبدِه»².

(ونوجبُ الديةَ في ماله) أي: في مال الوالدِ القاتل؛ لأنه قتل ابنه عمدًا، والعاقلة لا يعقلُ العمدَ (في ثلاثِ سنين، لا في الحال) أي: قال الشافعيُّ: تجب في الحال؛ لأن التَّأجيلَ كان للتَّخفيفِ في حقِّ الخاطئ، وهذا عامدٌ، فلا يستحقُّه.

ولنا: إنَّ المَالَ ليس بمماتلٍ³ للنَّفْسِ، وكان القياسُ أن لا يكون بدلًا لها، إلا أنَّ الشَّرْعَ ورد به مؤجَّلًا، فلا يُعدَّلُ عنه.

(ومن وُرتْ قصاصًا على أبيه) كما إذا قتل أمه؛ (سقط) القصاصُ لحرمة الأبوَّة.

(ويقتصُّ من العبدِ إذا أقرَّ بالعمد) لأن هذا الإقرارَ لا تهمَّةَ فيه على العبدِ؛ لكون ضربه عائدًا عليه، فيقتلُ لكونه مجرئاً على أصل الحرِّيَّةِ باعتبار الآدميَّةِ، ولهذا لا يُقبلُ إقرارُ المولى عليه بحدٍّ ولا قصاصٍ، وبطلانُ حقِّ المولى فيه ضمنى، فلا يُعتبرُ.

(ومن جرح عمدًا، فمات المجروحُ منها) أي: من تلك الجراحة، بأن لم يعرض له عارضٌ آخرُ يضافُ إليه الموتُ؛ (اقتصَّ منه) لوجود السَّببِ، وانعدام ما يبطئه.

(فلو رمى عمدًا) إنسانًا، (ففند إلى آخر) أي: السهمُ إلى إنسانٍ آخر، (فمات؛ وجب القصاصُ للأوَّل) لأنه عمدٌ، (والديةُ للثاني) على عاقلته؛ لأنه أخطأ فيه، كمن رمى غرضًا، فأصاب غيره.

(ونستوفيه) أي: القصاص (بالسَّيْفِ، لا بما قتل به) أي: قال الشافعيُّ: يستوفى القصاصُ بما قتل، حتى لو كان قطع يده ثمَّ مات منه؛ فُطِعَ يَدُ القاتلِ، فيُمهَّل مثل تلك المدَّة، فإن مات منه فيها يكون قصاصًا، وإلا؛ جُرَّ رقبته، وإن قتلَه بغير مشروع كاللواطِ وسقي الخمر يقتصُّ بالسَّيْفِ إتِّفَاقًا.

له: قوله صلى الله عليه وسلم: «من غرَّقَ غرَقناه، ومن أحرَقَ أحرقناه»⁴.

ولنا: قوله صلى الله عليه وسلم: «لا قودٌ إلا بالسَّيْفِ»⁵، وأما الحديثُ؛ فالمرادُ منه السَّياسةُ، بدليل أنَّه صلى الله عليه وسلم أضافه إلى نفسه.

(وإذا قتل مكاتبٌ عن وفاءٍ) أي: عن مالٍ يكون وافيًا لأداء بدل الكتابة، (وله مولى) أي: ليس له وارثٌ سواه؛ (استوفاه) أي: القصاص (مولاه) عند أبي حنيفة وأبي يوسف. (ومنع) أي: قال محمدٌ: لا يستوفيه.

قَيِّدُ بقوله: «وله مولى»؛ لأنه لو كان وارثٌ آخرُ لا يجب القصاصُ إتِّفَاقًا؛ لجهالة المستحقِّ.

¹ سنن أبي داود، الجهاد 147؛ السنن الكبرى للبيهقي، 29/8.

² سنن الترمذى، الديات 9؛ سنن ابن ماجه، الديات 22؛ مسند أحمد بن حنبل، 16/1، دون لفظ: «ولا السيد بعبدِه». وروى بلفظ: «لا يقاد مملوك من مالكة ولا ولد من والده» في المعجم الأوسط للطبراني، 286/8.

³ د: بماتلة.

⁴ السنن الكبرى للبيهقي، 43/8.

⁵ مصنف ابن أبي شيبة، 240/14؛ مسند البزار، 115/9؛ شرح معاني الآثار للطحاوي، 183/3.

ويَقْد بقوله: «عن وفاء»؛ لأنه لو قُتِلَ عن غير وفاءٍ، سواءً كان له وارثٌ¹ آخرٌ أو لم يكن؛ فالقصاصُ للمولى اتِّفاقاً؛ لأنه مات عبداً.

قال شيخ الإسلام: يريد: أنه لم يترك وفاءً، ولم يكن في قيمته وفاءً؛ لأنه لو كان في قيمته وفاءً؛ لا قصاصَ فيه، ويجب على القاتل قيمته في ماله؛ لأن موجب العمد وإن كان هو القصاص، إلا أنه يجوز العدولُ إلى المال بغير رضا القاتل مراعاةً لحقِّ من له القصاص، كما إذا كانت يدُ القاطع شلاءً؛ كان للمقطوع يده العدولُ إلى المال بغير رضا القاتل لما لم يجد مثلاً حقه بكَماله، فكذا هنا؛ لأن وجوبَ القيمة أنفع للمكاتب؛ لأنه يحكم بحريته وحرية أولاده إذا أدى بدلَ الكتابة من قيمته. كذا في «الكفاية».

له: إنَّ سببَ الاستيفاء مشتبهٌ؛ لأنه في المكاتب الذي مات عن وفاءٍ هو المملوكُ إن مات عبداً، والولاءُ إن مات حرّاً، فلا يمكن القضاء بشيءٍ، كمن قال لغيره: بعني هذه الجارية بكذا، فقال: زوّجْتُكها؛ لا يحلُّ له وطؤها؛ لاختلاف السبب.

ولهما: إنَّ من له الاستيفاء معلومٌ؛ لأن حقَّ الاستيفاء للمولى على التَّقديرين، ولا عبرةً لاختلاف السبب مع اتِّحاد الحكم، بخلاف ما استشهد به؛ لأن حكمَ ملك اليمين مخالِفٌ لحكم ملك التِّكاح.

(أو ورثته) بالرفع عطْفٌ على «مولى» في قوله: «وله³ مولى»، أي: إذا ترك المكاتبُ المقتولُ وفاءً وترك ورثته غيرَ المولى؛ (فلا قصاصاً) لهم (وإن اجتمعوا معه) أي: الورثة مع المولى؛ لأنه إن مات عبداً؛ فالحقُّ للمولى، وإن مات حرّاً؛ فللورثة، وعند اشتباه وليِّ الحقِّ تعدُّرُ استيفاءه.

(أو أعتقه موله بين القطع والسراية) أي: إذا قطعَ رجلٌ يدَ عبدٍ غيره عمداً، فأعتقه موله، فمات العبدُ من القطع، (وهو الوارث) أي: والحالُ أنَّ وارثه موله فحسب؛ (حكم) محمداً (بالأرش والتقصان) أي: على القاطع أرشُ اليد وما نقصه القطع إلى أن أعتقه، حتى إذا كانت قيمته عند القطع مائةً وعند العتق سبعين؛ يضمنُ ثلاثين، ويسقطُ ما بقي منه بالإعتاق. (وهما بالقصاص) أي: حكماً بأنَّ عليه القصاص.

يَقْد بقوله: «هو الوارث»؛ لأنه إن كان له وارثٌ سوى المولى؛ فلا قصاصَ عليه اتِّفاقاً لاشتباه الوليِّ؛ لأنه المولى نظراً إلى ابتداء القطع، والوارثُ نظراً إلى السراية، وإن لم يكن له وارثٌ سوى المولى؛ فكذلك عند محمدٍ؛ لاشتباه السبب؛ لأنه المملوكُ نظراً إلى الابتداء، والولاءُ نظراً إلى الانتهاء.

ولهما: إنَّ الوليَّ واحدٌ، واشتباهُ السبب لا يمنع الحكم، بخلاف ما إذا كان له وارثٌ آخرٌ؛ لأن الوليَّ قد اشتبه فيه، فلم يمكن الحكم.

(أو عبداً) أي: لو قتل عبداً (مرهوناً؛ لم يستوف) أي: لم يُقتل قاتله قصاصاً (حتى يجتمع الراهن والمرتهن) إنَّما وجب حضورُ المرتهن عند استيفاء الراهن القصاص؛ ليكون سقوطُ حقه برضاه، فلا يرجع على الراهن.

وفيه نوعٌ إشكاليٌّ؛ لأن الاستيفاء قد تمَّ بالهلاك، فكيف يُعتبرُ رضاه لسقوط حقه؟ يمكن الجوابُ عنه: بأنَّ الاستيفاء غيرُ متقرَّر⁴؛ لاحتمال العود: إمَّا بالصلح، أو بدعوى الشبهة في القتل، فيصير خطأً. كذا في «الكفاية».

(ولكبار الورثة الاستيفاء) أي: استيفاءُ القصاص عند أبي حنيفة في الحال. (وقالوا): ليس لهم ذلك (حتى يبلغ الصغار) لأنه حقٌّ مشتركٌ بينهم، فلا يستوفيه بعضهم، كما لا يستوفيه الحاضرُ إذا كان بعضُ الورثة غائباً؛ لاحتمال عفو الغائب.

وله: إنَّ كلَّ حقٍّ لا يتجزأ إذا ثبت لجماعةٍ؛ ثبت لكلِّ واحدٍ منهم كاملاً، كما في ولاية الإنكاح، والقصاصُ كذلك، فيستوفيه الكبارُ، وإمكانُ عفو الغائب قائمٌ لكونه أهلاً له، وهذا الاحتمالُ مانعٌ من تفردِ الحاضر بالاستيفاء، والعفو عن الصِّغار غيرُ صحيحٍ، فلا يكون مانعاً.

اعلم أنَّ الخلافَ فيما إذا كان الكبيرُ غيرَ أب الصِّغير؛ إذ لو كان كذلك، كما إذا قتل عبداً مشتركاً بينه وبين ولده الصِّغير؛ فالأب يستوفيه في الحال اتِّفاقاً. كذا في «الكافي».

¹ د: ورثة.

² ح - ملك.

³ د - وله.

⁴ ح: مقرر.

(ولو أقام أحدٌ وليّين) أي: إذا كان لقتيلٍ وليان حاضرٌ وغائبٌ، فأقام الحاضرُ على رجلٍ (بينةً بالقتل، والآخرُ غائبٌ؛ حُيس القتالُ حتى يحضر، ويعيدها) أي: البينة (والإعادة شرطٌ) عند أبي حنيفة. (وقالا: حضوره) أي: حضورُ الغائبِ كافٍ في الاستيفاء، ولا يحتاجُ إلى إعادة البينة؛ لأنّها قامت على الخصم عند القاضي، لكن موجّبها. وهو الاستيفاء. كان موقوفاً على حضوره؛ لاحتمال عفوّه، فإذا حضر ارتفع الاحتمال، كما لو كان القتالُ خطأً والمسألةُ بحالها؛ يقضى بالدية على عاقلة القتال، وإذا حضر الغائب؛ لا يعادُ البينة اتّفاقاً. من «الحفائِق».

وله: إنّ القصاصَ حقُّ القتل من وجهٍ، ولهذا صحَّ عفوّه، ونفَذَ منه وصاياه إذا انقلبَ مالاً، وحقُّ الورثة من وجهٍ؛ لأنَّ تشيبي الصدور إنّما يحصلُ لهم، وصحَّ عفوهم قبل موت المجرور، فيشترطُ إعادة البينة احتياطاً؛ لأنَّ بعضَ الأحياء لا ينوبُ عن بعضٍ بدون الإجابة، بخلاف الخطأ؛ لأنَّ موجبه المأل، وهو حقُّ القتل من كلّ وجهٍ.

(ويقتلُ جمعٌ بواحدٍ) لما روي أنّ سبعةً من صنعاء قتلوا واحداً، فقتلهم عمرُ رضي الله عنه، وعليه إجماعُ الصحابة. (وواحدٌ بجمع، ونكتفي به) أي: بقتل الواحد، ولم تجب الدية للباقيين. وقال الشافعي: يُقتلُ بالأوّل، وتجب الدية للباقيين، وإن قتلهم جميعاً، ولم يعرفْ أوّلُ المقتول؛ يُقرعُ بينهم، فيقتلُ لأجل من خرجت قرعته، ويكون الدياثة للباقيين، وفي أحد قوليه: القصاصُ بينهم والدياثة بينهم.

له: إنّ النفسَ الواحدة لا يوزيها الأنفسُ، فلا تكون الواحدةُ قصاصاً بهم، كما لا يقتصّ اليدُ الواحدةُ بالأيدي اكتفاءً. ولنا: إنّ القتالَ إذا قُتل؛ يكون كلٌّ من أولياء القتل مستوفياً حقه على الكمال؛ لأنَّ إزهاقَ الرُوح غيرُ متجزّ، والمماثلةُ في قصاص الأنفس ساقطة؛ لأنَّ الكبير يُقتلُ بالصغير، والبصيرُ بالضرير، أما المماثلةُ في الأطراف؛ فمعتبرة؛ لأنّها في حكم الأموال. (ولا تقتصُّ من شريك الأب والصبي والمجنون) يعني: إذا اشترك أجنبيُّ في قتل الأب ابنته؛ لا يقتصّ الأجنبيُّ عندنا. وقال الشافعي: يقتصُّ.

وعلى هذا الخلاف لو شارك الأجنبيُّ صبيّاً أو مجنوناً أو مولى.

له: إنّ المانعَ الموجودَ في أحد القاتلين لا يمنعُ قصاصَ الآخر، كالعامدين الأجنبيين إذا عفا الوليُّ عن أحدهما. ولنا: إنّ فعلَ كلّ واحدٍ منهما ليس بقتلٍ على الكمال؛ لأنه قتلٌ واحدٌ حصل بفعلهما، فإذا سقط القصاصُ في حقِّ أحدهما؛ سقط عن الآخر لثبوت الشبهة.

(كالخطأ) أي: كما لو كان أحدهما عامداً والآخرُ مخطئاً لم يجب القصاصُ على العامد اتّفاقاً، بخلاف الأجنبيين؛ لأنَّ اشتراكهما كثيرٌ الوجود، فوجب قتلُ الآخر للزجر، وما نحن فيه نادراً، فلا يُقاسُ عليه.

(ولو قطعاً يده) بأن أخذ رجلان سكيناً، وأمرّاه على يد رجلٍ حتى قطعته، (نمنعه) أي: مقطوع اليد (عن القصاص، ويجبُ عليهما نصفُ الدية) وقال الشافعي: تقطعُ¹ يدهما، وإنّما صوّرنا القطعَ بما ذكرنا؛ لأنَّ القطعَ لو كان بصورةٍ أخرى، بأن وضع أحدهما سكيناً من جانبٍ والآخرُ من جانبٍ وأمرّاه حتى التقى السكينا، لا يجبُ القصاصُ اتّفاقاً. له: الاعتبارُ بالأنفس، يعني: إذا وضع أحدهما السكينَ على حلقِ إنسانٍ والآخرُ على قفاه، وأمرّاه حتى التقى السكينا؛ يجبُ القصاصُ عليهما.

ولنا: إنّ كلّ واحدٍ منهما قاطعٌ بعض اليد، فلا يقطعُ جميعُ يده بقطعه بعض اليد؛ لاشتراط التماثل، بخلاف النَّفس؛ لأنَّ القتلَ إزهاقُ الحياة، وهو لا يحتملُ التجزؤ، فأضيفَ إلى كلٍّ منهما كمالاً، والمحلُّ في القطع قابلٌ للتجزؤ.

(ولو قطع يميني اثنين) معاً، أو على التّعاقب (قطعاً يمينه) أي: يمينَ القاطع، (واقتهما نصفُ الدية) بينهما نصفين، (ولم نوجب الدية للثاني، والقطع للأوّل) أي: قال الشافعي: إن قطعتهما على التّعاقب يقطعُ بالأوّل، فيغرم الأرشَ للثاني؛ لأنَّ يده صارت مستحقّةً للأوّل، فلم يستحقّها الثاني، كمن رهن شيئاً، وسلّمه، ثم رهنه من آخر. وإن قطعتهما معاً؛ يُقرعُ بينهما، ويقطعُ من خرجت قرعته، ويكون الأرشُ للآخر؛ لأنَّ اليدَ الواحدة لا تفي بالحقّين.

ولنا: إنّ حقَّ كلٍّ منهما ثابتٌ في كلّ اليد؛ لتقرُّر السبب في كلٍّ منهما، وكونه مشغولاً بحقِّ الأوّل لا يمنعُ تقرُّر السبب في حقِّ الثاني، فصار كما لو قطع العبدُ يميني رجلين على التّعاقب، فإنّهما يستحقّان رقبته، بخلاف الرهن؛ لأنَّ فيه إثبات يد الاستيفاء حكماً، فإذا ثبت للأوّل؛ استحال ثبوته للثاني كما في الاستيفاء الحقيقيّ.

¹ ح: يقطع.

قَيْدَ بِيَمِينِي رَجُلَيْنِ؛ لِأَنَّهُ لَوْ قَطَعَ يَمِينَ رَجُلٍ وَيَسَارَ آخَرَ؛ يُقَطَّعُ يَدَاهُ بِيَهُمَا، وَكَذَلِكَ إِنْ قَطَعْتَهُمَا مِنْ وَاحِدٍ.
(فَإِنْ اقْتَصَّ أَحَدُهُمَا) حِينَ غِيْبَةِ صَاحِبِهِ، **(وَحَضَرَ الْآخَرَ؛ أَخَذَ الْمَالَ)** أَي: دِيَّةً يَدِهِ؛ لِأَنَّ حَقَّ الْحَاضِرِ كَانَ مَعْلُومًا، وَحَقَّ الْآخِرِ الْغَائِبِ كَانَ مَتَرَدِّدًا، فَلَمْ يُؤَخَّرْ اسْتِيفَاءُ الْمَعْلُومِ لِمَكَانِ الْمَوْهُومِ، كَأَحَدِ الشُّفْعَيْنِ إِذَا حَضَرَ وَالْآخَرَ غَائِبًا؛ يَقْضَى لَهُ بِكُلِّ الْمَبِيعِ.
(وَلَوْ قَضِيَ بِهِمَا) أَي: يَقَطَّعُ يَمِينَهُ قِصَاصًا وَأَبْرَشَ يَدَيْ بَيْنَهُمَا، **(فَعَفَا أَحَدُهُمَا قَبْلَ الْاسْتِيفَاءِ؛ أَوْجِبَ)** مُحَمَّدٌ لِلْعَافِي **(نِصْفَ الدِّيَةِ)** أَي: نِصْفَ أَرْضِ الْيَدِ، **(وَلِلْآخِرِ كُلِّهَا)** لِأَنَّ الْقِصَاصَ وَالْأَرْضَ كَانَ مَشْتَرِكًا بَيْنَهُمَا بِالْقِضَاءِ، فَلَمَّا أَسْقَطَ أَحَدُهُمَا حَقَّهُ فِي نِصْفِ الْقِصَاصِ بِالْعَفْوِ؛ انْقَلَبَ نِصْبُ الْآخِرِ مَالًا، فَيَسْتَوْفِي الْعَافِي نِصْفَ الْأَرْضِ الَّذِي كَانَ مَشْتَرِكًا بَيْنَهُمَا، وَغَيْرُ الْعَافِي تَمَامَ الْأَرْضِ: نِصْفُهُ مِنَ الْمَشْتَرِكِ، وَنِصْفُهُ مِنَ الْمُنْقَلَبِ مَالًا. **(وَقَالَا: لَهُ)** أَي: لِلْآخِرِ **(الْقِصَاصِ)** لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ عَفَا قَبْلَ الْقِضَاءِ؛ كَانَ لِلْآخِرِ الْقِصَاصُ، فَكَذَا لَوْ عَفَا بَعْدَ الْقِضَاءِ قَبْلَ الْإِمْضَاءِ؛ لِأَنَّ الْإِمْضَاءَ فِي الْعُقُوبَاتِ كَالْقِضَاءِ.

(وَلَا تُجْرِي الْقِصَاصَ فِي الْأَطْرَافِ بَيْنَ الْعَبِيدِ، وَلَا بَيْنَ الرَّجُلِ وَالْمَرْأَةِ) يَعْنِي: إِذَا قَطَعَ الْعَبْدُ يَدَ عَبْدٍ عَمْدًا، أَوْ الرَّجُلُ الْحُرُّ يَدَ امْرَأَةٍ حُرَّةٍ؛ لَا يَجْرِي الْقِصَاصُ فِيهَا عِنْدَنَا، بَلْ تَجِبُ فِي الْعَبْدِ الْقِيَمَةُ، وَفِي الْحُرَّةِ الدِّيَّةُ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَجْرِي فِيهَا الْقِصَاصُ؛ لِأَنَّهُ يَجْرِي بَيْنَ الْعَبْدَيْنِ وَالرَّجُلِ وَالْمَرْأَةِ فِي النَّفْسِ، فَكَذَا¹ فِي الطَّرْفِ.

وَلَنَا: إِنَّ الْأَطْرَافَ يُسَلِّكُ بِهَا مَسَلُّكَ الْأَمْوَالِ؛ لِأَنَّهَا وَقَايَةٌ لِلنَّفْسِ كَالْأَمْوَالِ، وَكَانَتْ الْمِمَاتِلَةُ فِيهَا شَرْطًا، وَلَا مِمَاتِلَةَ فِي أطْرَافِ الْعَبْدِ؛² لِاخْتِلَافِ الْقِيَمَةِ، وَلَا فِي الرَّجُلِ وَالْمَرْأَةِ؛ لِاخْتِلَافِ الدِّيَةِ.

(وَتُجْرِيهِ³ بَيْنَ الْمُسْلِمِ وَالذَّمِّيِّ) يَعْنِي: إِذَا قَطَعَ الْمُسْلِمُ⁴ طَرْفَ ذَمِّيٍّ؛ يَقْتَصُّ مِنْهُ عِنْدَنَا خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ؛ لِأَنَّ الْعِصْمَةَ مُتَّفَاوِتَةٌ بَيْنَهُمَا؛ لَوْجُودِ الْكُفْرِ الْمَبِيعِ فِي أَحَدِهِمَا.

وَلَنَا: قَوْلُ عَلِيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: إِنَّمَا بَدَلُوا الْجِزْيَةَ لِيَكُونَ دِمَاؤُهُمْ كَدِمَائِنَا.
(وَمَنْ قَطَعَ يَدَ غَيْرِهِ مِنَ الْمَفْصَلِ؛ قَطَعَتْ يَدُهُ) أَي: يَدُ الْقَاطِعِ مِنْهُ؛ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَالْجُزُوعَ قِصَاصًا﴾ [المائدة، 45/5].
(أَوْ مِنْ نِصْفِ السَّاعِدِ، أَوْ جِرْحِهِ جَائِفَةً) وَهِيَ جِرَاحَةٌ مُخْتَصَّةٌ بِجُوفِ الرَّأْسِ أَوْ جُوفِ الْبَطْنِ. كَذَا قَالَ صَاحِبُ «الهِدَايَةِ». وَاعْتَرَضَ عَلَيْهِ بِأَنَّ قَوْلَهُ: جُوفِ الرَّأْسِ غَيْرُ مُسْتَقِيمٍ؛ لِأَنَّهُ لَا يُسَمَّى جَائِفَةً. وَفِي «الذَّخِيرَةِ»⁵: وَفِي الْوَجْهِ لَا يَكُونُ جَائِفَةً وَإِنْ نَفَدَتْ إِلَى الْفَمِ.
(فَبِرَأْيِ مِنْهَا) أَي: مِنَ الْجِرَاحَةِ، **(فَلَا قِصَاصَ)** لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ رِعَايَةُ الْمِمَاتِلَةِ فِي كَسْرِ الْعِظْمِ⁶، وَلَا فِي الْجَائِفَةِ؛ لِأَنَّ الْبِرَّةَ مِنْهَا نَادِرَةٌ.

(وَلَوْ كَانَتْ يَدُ الْقَاطِعِ شَلَاءً أَوْ نَاقِصَةً الْأَصَابِعِ؛ قَطَعَهَا إِنْ شَاءَ) وَلَا شَيْءَ لَهُ غَيْرُ ذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ رَضِيَ بِهِ، كَمَنْ رَضِيَ بِالرَّدِيِّ عَوْضَ الْجِيدِ. (وَالْإِلَّا) أَي: إِنْ لَمْ يَقْطَعْهَا (أَخَذَ الْأَرْضَ كَامِلًا) لِأَنَّهُ تَعَدَّرَ أَنْ يَسْتَوْفِيَ حَقَّهُ تَامًا، فَعَدَلَ إِلَى الْعَوْضِ.

**(وَيَقْتَصُّ فِي الْمَارِنِ) وَهُوَ مَا دُونَ قِصْبَةِ الْأَنْفِ، (وَالْأُذُنِ وَالسِّنِّ) لِإِمْكَانِ الْمِمَاتِلَةِ فِيهَا، وَلَا اعْتِبَارَ بَتَفَاوُتِ مِقْدَارِهَا. (وَالشَّجَّةِ) أَي: يَقْتَصُّ فِي الشَّجَّةِ (الَّتِي يُمَكِّنُ الْمِمَاتِلَةَ فِيهَا) كَمَا فِي السِّنِّ، فَإِنَّهُ يَبْرُدُ بِالْمَبْرَدِ، وَيَمَاتِلُ الْآخَرَ. (وَإِنْ كَانَ رَأْسُ الشَّاحِ أَكْبَرَ) وَاسْتَوْعَبَ الشَّجَّةَ مَا بَيْنَ قَرْنِي الْمَشْجُوجِ مَثَلًا، (فَإِنْ شَاءَ الْمَشْجُوجُ أَخَذَ بِقَدْرِ شَجَّتِهِ، وَإِلَّا؛ أَخَذَ الْأَرْضَ) لِأَنَّهُ لَوْ شَخَّ مَا بَيْنَ قَرْنِي الشَّاحِ؛ يَزِيدُ شَيْئُهُ بِطُولِ الشَّجَّةِ، فَيَتَخَيَّرُ بَيْنَ الشَّخِّ بِقَدْرِ شَجَّتِهِ وَالْأَرْضِ، وَكَذَا لَوْ كَانَ رَأْسُ الشَّاحِ أَصْغَرَ، فَإِنْ اسْتَوْفِيَ الْمَشْجُوجُ مِقْدَارَ شَجَّتِهِ مَسَاحَةً يَزِيدُ عَلَى مَا بَيْنَ قَرْنِي الشَّاحِ، فَيَكُونُ تَعَدِّيًّا إِلَى غَيْرِ حَقِّهِ، فَيَتَخَيَّرُ بَيْنَ أَنْ يَرْضَى بِدُونِ حَقِّهِ وَبَيْنَ أَخْذِ الْأَرْضِ كَامِلًا.
(وَلَا قِصَاصَ فِي اللِّسَانِ وَالذِّكْرِ) لِأَنَّهُمَا مِمَّا يَنْقَبِضُ وَيَنْبَسِطُ، فَيَمْتَنِعُ رِعَايَةُ الْمِمَاتِلَةِ، (إِلَّا أَنْ يَقْطَعَ الْحِشْمَةَ) فَحِينَئِذٍ يَجْرِي الْقِصَاصُ؛ لِأَنَّ مَوْضِعَ الْقِصَاصِ يَكُونُ مَعْلُومًا كَالْمَفْصَلِ.**

¹ د: وكذا.

² د: العبيد.

³ د: ونجزيه.

⁴ د: مسلم.

⁵ د - وفي الذخيرة.

⁶ ح: العظيم.

(ولو ضرب عينه، فقلعها؛ فلا قصاص) لامتناع رعاية الممانلة. (فإن ذهب ضوؤها، وهي) أي: العين قائمة؛ جعل على عينه قطن رطب، وقوبل بمرآة محماة) أي: حارة، هكذا مأثور عن الصحابة.

(فصل)

(ولو قتل عبد اثنين قريبهما) أي: لو قتل عبد قريباً لموليه، (أو مولاه) أي: لو قتل عبد مولاه، (وله ابنان) أي: لمولاه ابنان، (فعفا أحدهما) أي: أخذ الموليين أو الابنين؛ (لا يجب شيء)، بل بطل الدم كله. (وبخير) أبو يوسف (العافي في دفع نصف نصيبه) أي: ربع العبد إلى شريكه، (أو فدائه بربع الدية) لأن لهما القود على الشركة، فصار لكل واحدٍ منهما نصف القود: نصفه في ملكه، ونصفه في ملك صاحبه، فإذا عفا أحدهما؛ انقلب نصيب الآخر مآلاً، وهو نصف الدية، ولكن ذلك في كل العبد، فسقط من ذلك النصف نصفه، وهو ما أصاب نصيب من لم يعف؛ لأن المولى لا يستوجب على عبده ديناً، وبقي واجباً ما أصاب نصيب العافي، وهو ربع دية المقتول، فيخير العافي: إن شاء دفع نصف نصيبه من العبد، وإن شاء فداه بربع الدية.

ولهما: إن القود وجب لهما في كل العبد من غير تعيين، بل على احتمال أن يجب حق كل واحدٍ في نصيب نفسه أو في نصيب صاحبه أو على الشئوع، فإذا آل إلى المال؛ يحتمل أن يجب الكل، بأن يعتبر كل حقه متعلقاً بنصيب الآخر، واحتمل التتصيف بأن يُعتبر شيئاً، وبطلان الكل بأن يتعلق بنصيب¹ نفسه، فلا يجب المال بالشلل.

وقد نقل أن محمداً مع أبي يوسف، وهو الأشهر، لكن المذكور في المتن مختار صاحب «المنظومة»، والمحققون قالوا: قول أبي يوسف إنما يصح² في المسألة الأولى، وقولهما في المسألة الثانية؛ لأن المال الواجب بسبب العفو حق القتل أولاً، ثم ينتقل إلى الوارث، والمال لكان حق المولى في المسألة الثانية؛ بطل؛ لأن المولى لا يستوجب على عبده ديناً، ولما كان حق قريب الموليين في المسألة الأولى؛ لم يبطل؛ لأنه جاز أن يثبت للمقتول دين على عبده وليه.

(أو أحد مستحقي دم) أي: إذا عفا أحد وليي قتيل عمدي³ نصيبه، (ولم يعلم الآخر، فقتله) على وجه القصاص؛ (أوجبنا دية في ماله) أي: في مال الآخر، (لا القصاص) أي: قال زفر: يقتض الآخر؛ لأنه قتل نفساً معصومةً.

ولنا: إنه في زعمه محق في قتله، فيسقط القصاص لهذه الشبهة، فوجب الدية في ماله؛ لأن العاقلة لا يعقل العمد.

(فلو جرح عبد، ففداه مولاه) أي: أعطى أرش جنايته، (ثم مات) المجروح بالبرائة؛ (يحكم عليه) أي: أبو يوسف على المولى (بالدية. وخيراه ثانياً) أي: قال: يكون مختاراً، فإن شاء دفع العبد واسترد ما أعطاه، وإن شاء فداه.

وإنما قال: «ثانياً»؛ لأن الخيار بين الدفع والفداء بالأرش كان ثابتاً قبل موت المجروح.

له: إن البرائة تولدت من الجراحة، واختيار الأصل يكون اختياراً لما تولدت منه.

ولهما: إن الواجب الأصلي هو الدفع، ولهذا يسقط بموت العبد لفوات محل الوجوب، واختيار المولى إمساك العبد بأقل المالين لا يدل على اختياره بأكثر المال، والدفع ممكن، فيخير⁴.

(ولو أعتقه في مرضه، فقتله) أي: العبد مولاه (خطأً، وسعى في قيمته؛ فعليه السعاية ثانية للوارث) يعني: عليه السعاية في قيمتين عند أبي حنيفة، أمّا السعاية في قيمة واحدة نقضاً للعتق الذي هو وصية؛ فبالإتفاق؛ لأن الوصية للقاتل باطلة بالحديث، لكنه بعد وقوعه لا يقبل التقض، فيجب نقضه معنى برد قيمته، وعليه سعاية قيمة أخرى بالقتل عنده. (وقالا: الدية على عاقلته).

موضع الخلاف: العبد البالغ، فإنه لو أعتقه وهو صغير، ثم قتله الصغير، ولا مال له سواه؛ فإن على العبد أن يسعى في قيمتين يدفع له من ذلك الثلث في قول أبي حنيفة رحمه الله وصية له، ويسعى فيما بقي؛ لأن الصبي لا يحرم الإرث بسبب القتل، فكذا لا يحرم الوصية، ومحل الوصية الثلث، فيلزمه السعاية فيما زاد على الثلث إتفاقاً. من «الحقائق».

ومبنى الخلاف: أن المستسعي كالمكاتب عنده، والمكاتب إذا قتل إنساناً خطأ؛ يلزمه الأقل من قيمته ومن دية المقتول، وعندهما كالحري المديون، فالدية على عاقلته.

¹ د: نصيب.

² ح - يصح.

³ د: عمداً.

⁴ د: فتخير.

(ولو ترك مدبراً) أي: لو مات رجلٌ وترك مديراً له، ولا مالَ غيره، (فقتل خطأ وهو يسعى للوارث) أي: في حال كونه ساعياً في ثلثي قيمته للوارث؛ لأن ثلثه عتق لكونه مديراً؛ (فعلية قيمته) أي: فعلية أن يسعى في قيمته لولي القتل عند أبي حنيفة؛ لأنه كالمكاتب. (وقالا: ديثه على عاقلته) لأنه خرّ مديونٌ.

(ولو أعتقه بين الرمي والوصول) يعني: لو رمى سهماً إلى عبدٍ غيره، فأعتقه مولاه بعد الرمي قبل وصول السهم إليه، ثم أصابه السهم، فمات؛ (فعلية الرمي قيمته) أي: قيمة العبد لمولاه عند أبي حنيفة. (وقالا: فضل ما بين قيمته) أي: لا يجب عليه تمام قيمته، بل يجب عليه فضل ما بين قيمته (مرمياً وغير مرمي) حتى لو كان قيمته قبل الرمي خمسين وصارت بعده عشرين؛ فعلية دفع ثلاثين. (ولو ارتد ما بينهما) أي: لو رمى مسلماً، فارتد فيما بين الرمي والوصول؛ (فعلية ديثه) أي: على الرمي دية المقتول عند أبي حنيفة. (وأهدراه) أي: قالا: لا شيء عليه.

قيل: مبنى الخلاف: أن المعتبر عنده وقت الرمي؛ لأن الضمان يجب بفعله، ولا فعل له بعده، وعندهما: وقت الإصابة؛ لأن الجنابة وجدت فيه. وقيل: المعتبر عند الكل وقت الرمي؛ لأن الشخص إنما يصير جانياً بفعل يدخل تحت اختياره، وهو الرمي دون الإصابة، فالرمي في المسألة الأولى كان عبداً وقت الرمي، فتجب قيمته، وفي المسألة الثانية كان معصوماً، فاعتقد رميه موجبا للضمان، لكن لم يجب القصاص؛ لأنه وقت الموت لم يكن معصوماً، فصار ذلك شبهةً، فوجب الدية، إلا أنهما شرطاً لوجوب الضمان بقاء التقويم والعصمة إلى زمان الوصول.

(ولو أسلم ما بينهما) أي: لو كان المرمي إليه مرتداً، فأسلم فيما بين الرمي والوصول؛ (فلا شيء عليه) اتفاقاً؛ لأن المحل حين الرمي لم يكن متقوماً، فلم يعتد الرمي موجبا للضمان.

(ولو ارتد بعد أن قطع يده عمداً، ثم أسلم، ثم مات منه) أي: من ذلك القطع؛ (أوجب) محمداً (أرسلها، وهما ديتيه). له: إن المقطوع لما ارتد؛ انقطع حكم البيرية لفوات العصمة، وبعدهما أسلم لم يوجد من الجاني فعلٌ. ولهما: إن الجنابة وجدت في محل معصوم، وتمت في محل معصوم، فلا يُعتبر ما بينهما، كما في نصاب الزكاة، إلا أن تخلل الردة أورت شبهة دائرة للقصاص، فوجب الدية.

(ولو شهدوا بقتل عمده) أي: من ادعى على آخر أنه قتل ولده عمداً، وأقام عليه بينة، فقتل القاضي له بالقصاص، فقتله، (ثم رجعوا مع الولي) أي: الشهود مع المدعي، وقالوا: تعمدنا الكذب، أو جاء المشهود بقتله حياً؛ (لم نقتص منهم) أي: لم نأمر بقتلهم قصاصاً؛ لأنه سقط بشبهة صورة القضاء، (ويلزم الولي) أي: ولي القتل (بالدية من شاء) من الشاهدين والولي المدعي. وقال الشافعي: وهو القياس: يقتص منهم؛ لأن الولي المدعي باشر قتله بغير حق حقيقةً، والشهود باشروه حكماً.

(والضامن لا يرجع على غيره) عند أبي حنيفة، يعني: إن ضمن الولي لا يرجع على الشهود، وكذا إن ضمن الشهود لا يرجعون على الولي. (وقالا: يرجع الشهود على الولي).

قيّد بقوله: «عمداً»؛ لأن الشهادة لو كانت في قتل خطأ، فرجعوا؛ يرجع الشهود على الولي اتفاقاً؛ لأنهم ملكوا الدية بالضمان. لهما: إن الشهود ضمنوا بقتل الولي، فيرجعون عليه كما في قتل الخطأ.

وله: إن كل واحد من الولي والشهود مؤاخذاً بفعله، أما الشهود؛ فبشهادتهم الكاذبة، وأما الولي؛ فبقتله بغير حق، فلا يرجع كل واحد منهم على غيره، بخلاف القتل خطأ؛ لأن الشهود لما ضمنوا؛ صار المال الذي أخذه الولي ملكهم، فلهم أن يطالبوه.

(ومن له القصاص في النفس إذا قطع اليد، ثم عفا) يعني: إذا قطع يد من عليه قصاص في النفس عمداً أو خطأ، ثم عفا عنه القصاص، (فبرأ؛ فعلية أرسلها) عند أبي حنيفة. وقالا: لا شيء عليه.

قيّد بقصاص النفس؛ لأنه لو كان قصاص اليد، فقطع أصابعه، ثم عفا؛ لا يضمن أرش الأصابع اتفاقاً، والأصابع من الكف كالأطراف من النفس اتفاقاً.

وقيّد بالعفو؛ لأنه إذا لم يعف لا يضمن اتفاقاً.

وقيّد العفو بما بعد القطع؛ لأنه لو عفا قبل القطع يضمن اتفاقاً.

وقيّد بقوله: «فبرأ»؛ لأن القطع إذا سرى لا يضمن اتفاقاً. كذا في «المصفي».

لهما: إنه قطع يداً من نفس لو أتلّفها لم يضمن، فوجب أن لا يضمن اليد، كما لو قطع يد مرتد، ثم أسلم، ثم سرى.

وله: إنَّ العَفْوَ مستندٌ إلى وقت القتل، فسقطَ حَمُّه في كلِّ النَّفسِ، فظهر أنَّه قطعَ يدهَ بغيرِ حقٍّ؛ لأنَّ حَمُّه كان في القتل لا في القطع، فلو وُجد الاستيفاءُ في القتل؛ لظهر حَمُّه في الطَّرَفِ تبعًا، وإذا لم يستوفَ؛ لم يظهر حَمُّه في الطرف لا أصلًا ولا تبعًا، فبتبيين أنَّه استوفى غيرَ حَمِّه، لكن سقطَ القصاصُ للشُّبهة؛ لأنه كان له إتلافُ الأطرافِ تبعًا للنفسِ، فيجب أرشُ اليد.

(أو في الطَّرَفِ) أي: من له قصاصٌ في الطرف، (فاستوفاه، فسرى) إلى¹ نفس المقطوع، فمات؛ (فهبي) أي: الدية (على عاقلته) عند أبي حنيفة. (ونفياها) أي: الدية، وقالوا: لا شيءَ عليه؛ لأنه قطعَه بإذن الشرع، فصار كالإمام إذا قطعَ يدَ السارق فسرى، وكالفصاد إذا فسد فسرى.

وله: إنَّ حَمُّه كان في القطع، وهذا قتلٌ، فلا يكون قصاصًا؛ لأنه مبنيٌّ على المماثلة، بخلاف ما استشهدا به؛ لأنَّ الفعلَ واجبٌ عليهما: إمَّا تقلدًا كالإمام، أو عقدًا كالفصاد، والواجبات لا يتقيد² بوصف السلامة.

(ومن قطع يد غيره خطأ، ثم قتل عمداً قبل البرء) هذه ست مسائل: إحداها ما ذكرت.

وثانيتهما قوله: (أو خطأ بعده) يعني: من قطع يد غيره خطأ، ثم قتل خطأ بعد البرء.

وثالثتهما قوله: (أو قطعها عمداً) يعني: من قطع يد غيره عمداً، (ثم قتل خطأ) قبل البرء.

ورابعتهما قوله: (أو عمداً بعد البرء) يعني: من قطع يد غيره عمداً، ثم قتل عمداً بعد البرء؛ (أخذ بهما) أي: أخذ القاطع بالقتل والقطع إتفاقاً، ففي المسألة الأولى: يجب في اليد نصفُ الدية، وفي النفس القصاصُ، وفي الثانية: النصفُ، وفي النفس الدية³، ففي الثالثة: القصاصُ في القطع، والدية في القتل، وفي الرابعة: القصاصان فيهما؛ لأنَّهما متغايران حكماً، وفي المسألة الأولى والثالثة تعدَّر جمعُهما لتغايرِ الفعلين وتغايرِ حكمهما، وكذا في الثانية والرابعة؛ لتخلُّل البرء بينهما.

وخامسُهما قوله: (ولو كانا) أي: القطعُ والقتلُ (خطأين من غير برء؛ اكتفي بديّة) إتفاقاً، فاعتبر الكلُّ جنائياً واحدةً، فدخل ديةُ اليد في دية النَّفسِ؛ لأنَّهما متجانسان، والجمعُ بينهما ممكنٌ، ولا قاطعٌ للسَّرية.

وسادسُهما قوله: (أو عمدين) أي: إذا كان القطعُ والقتلُ كلاهما عمدين، ولم يتخلَّل بينهما برءٌ؛ (فللولي استيفاءُهما) عند أبي حنيفة بأن يُقطع ثم يُقتل. (وقالوا: يقتل) ولا يقطع؛ لأنَّ الفعلين متجانسان بكونهما عمدين، ولم يتخلَّل البرءُ بينهما، فأمكن جمعُهما، فدخل قصاصُ⁴ الطرف في قصاصِ النفس، كما دخل ديةُ في ديةِ النفس في الخطأين.

وله: إنَّ القطعَ لم يدخل في القتل؛ لاختلافهما إذا وجبا لحقِّ الله بأن وجب القطعُ بالسرقة والرجم بالزنا، فلا يدخل إذا وجبا لحقِّ العبد، كما لو تخلَّل بينهما البرء، بخلاف ما إذا كانا خطأين؛ لأنَّ الواجبَ فيه بدلُ النفس، وبدلُ الجزء داخلٌ فيه؛ لأنه لو وجب معه؛ لاجتمع ضمناً الجزء والكلُّ في حالةٍ واحدةٍ، وهما لا يجتمعان، وأما إذا كانا عمدين؛ فالواجبُ جزاءً لجنائيهما، وإنَّهما جنائيتان، فلا يدخلُ جزاءُ إحداهما في جزاءِ الأخرى.

(وضمنان الصبي إذا مات من ضرب أبيه أو وصيه تأديباً عليهما) الجائرُ والمجورُ خبرٌ لقوله: (وضمنان)، أي: يضمنان عند أبي حنيفة. وقالوا: لا يضمنان.

قيّد بضرِّ الأب أو الوصي؛ لأنَّ الزوج لو ضرب زوجته للتأديب، فماتت؛ يضمنُ إتفاقاً، والأُمُّ إذا ضربته للتأديب تضمنُ عنده، وكذا عندهما في رواية. من «الذخيرة».

وقيّد بالتأديب؛ لأنه لو ضرب كلُّ منهما للتعليم لا يضمنُ إتفاقاً؛ لأنَّ المعلم إذا ضربه للتعليم بإذن الأب لا يضمنُ إتفاقاً، فكيف يضمنُ الأبُّ بالضرِّب للتعليم؟

اعلم أنَّ الخلافَ في الضَّرْبِ المعتاد، وأما في غير المعتاد؛ فيضمنُ إتفاقاً.

لهما: إنَّ تأديبَ الصَّغير لا بُدَّ لهما، وذا لا يحصلُ غالباً إلا بالضَّرْبِ.

وله: إنَّ التَّأديبَ يحصلُ بغير الضَّرْبِ كالزجر والحبس وغيرهما، فتندفعُ به الضَّرورةُ الماسئةُ إلى تأديبه، ولو كانا مضطربين إلى ضربه؛ فالسلامةُ مشروطةٌ فيه كما في تأديب الزوج زوجته.

1 د: أي.

2 د: تنقيد.

3 د - النصف وفي النفس الدية.

4 د + في.

(كتاب الدييات)

الدية: المال الذي هو بدل النفس، والأرش: اسم للواجب على ما دون النفس.

(تغلطُ ديةً شبه العمد في الإبل) لا خلاف في أن التغليط واجب في دية هذا النوع، وهو إنما يثبت في الإبل، حتى لو قضى الدية من غير الإبل؛ لم تغلط؛ لأن الشَّرْع ورد به، ومعنى التغليط: أن يوجب شيئاً فيه لا يوجب في الخطأ.

(فتجب أربعاً) أي: الدية من الإبل يكون أربعة أنواع: (خمس وعشرون بنت مخاض، ومثلها بنت لبون، وحقاق، وجدغ) أي: تجب من كلٍ منها خمس وعشرون. الحقّة: ما طعنت في الرابعة، والجدغ: ما طعنت في الخامسة.

(وجعلها) أي: محمد الدية المغلطة ثلاثة أنواع: (ثلاثين جدعة، ومثلها حقّة، وأربعين ثنية) جمع ثنية، وهي التي طعنت في السادسة (حوامل) لما روي عن¹ عمر: أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى في دية شبه العمد بثلاثين جدعة، وثلاثين حقّة، وأربعين خلفات². الخلفة: الحامل من النوق.

ولهما: ما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى في الدية من الإبل أربعاً³، ومعلوم أنه لم يُرد به الخطأ؛ لأنها تجب في الخطأ أخصاً، وما روياه مشهور وأقرب؛ لأن الحمل لا يوقف عليه حقيقةً.

(وتجب) الدية (في الخطأ منها) أي: من الإبل (أخصاً: عشرون ابن مخاض، ومثلها بنات مخاض، وبنات لبون، وحقاق، وجدغ) أي: من كلٍ هذه الثلاثة عشرون، وهذا قول ابن مسعود، وهذا يُعرف توقيفاً، فصار كالمرفوع إلى النبي صلى الله عليه وسلم.

(أو ألف دينار) أي: تجب الدية من الذهب في الخطأ وشبه العمد ألف دينار اتفاقاً؛ لما روي أنه صلى الله عليه وسلم قضى في العين هكذا، وانعقد عليه الإجماع.

(ونوجب من الورق) بكسر الراء، أي: من الفضة (عشرة آلاف درهم) كل عشرة منها وزن سبعة مثاقيل. (لا اثني عشرة) أي: قال الشافعي: الدية من الورق اثنا عشرة ألفاً؛ لما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بذلك⁴.

ولنا: ما روي عن⁵ عمر: أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالدية في قتل بعشرة آلاف درهم⁶، والأخبار إذا تعارضت؛ فالأخذ بالمتيقن أولى.

(وهي) أي: الدية (منحصرة في هذه) أي: في الإبل والذهب والفضة عند أبي حنيفة؛ لما روي من الأحاديث. ثم الخيار في هذه الأنواع إلى القاتل؛ لأنه هو الذي يجب عليه كما في كفارة اليمين. (وزاد: من البقر مائتين، ومن الشاة ألفين، ومن الخلل مائتين، وقولهما رواية) عن أبي حنيفة؛ لما روي: أن عمر رضي الله عنه جعل الدية على أهل الشاة ألفي شاة مستة، وعلى أهل البقر مائتي بقرة، وعلى أهل الخلل مائتي حلة، كل حلة ثوبان: إزار ورداء، هو المختار. وفي «النهاية»: قيل: في زماننا قميص وسراويل.

وله: إن مائة هذه الأنواع مجهولة، فلا يقدر بها، وكان القياس أن لا يقدر بالإبل، إلا أن الآثار قد اشتهرت فيه عن رسول الله، ويحتمل أن عمر رضي الله عنه إنما قضى بذلك بطريق الصلح بعدما قضى بالدرهم أو الدنانير.

فائدة الخلاف تظهر فيما إذا صلح القاتل مع ولي القتل على أكثر من مائتي حلة حيث يجوز على قوله، كما لو صلح على أكثر من مائتي فرس، ولا يجوز على قولهما، كما لو صلح على أكثر من مائة إبل.

(ويجب في المرأة نصفها) أي: نصف دية الرجل، فتجب في قتلها خمسة آلاف درهم، وفي قطع يدها ألفان وخمسائة؛ لما روي أن عمر وعلياً وابن مسعود رضي الله عنهم قالوا كذلك.

(ولم يجعلوا دية الذمي ستة آلاف درهم) بل جعلوها كدية المسلم. وقال مالك: دية ستة آلاف؛ لما روي أنه صلى الله عليه وسلم قال: «عقل الكافر نصف عقل المسلم»⁷، وعقل المسلم عنده اثنا عشر ألفاً، فعقل الكافر يكون ستة.

1 د - عن.

2 لم نجده إلا في التجريد للقدوري، 5698/11؛ وبمعناه مسند الشافعي، 131/3؛

3 لم نجده إلا في الميسوط للسخسي، 77/26.

4 سنن أبي داود، الدييات 16؛ سنن الترمذي، الدييات 2؛ سنن النسائي، القسامة 36.

5 د - عن.

6 روي عن عمر قوله، انظر: الأصل للشيباني، 553/6؛ مصنف ابن أبي شيبة، 29/14.

7 سنن الترمذي، الدييات 17؛ سنن النسائي، القسامة 38.

(فجعلها) أي: دية الذمي مطلقاً (كالمسلم) أي: كديته، (لا الكتابي) أي: جعل الشافعي الدية للكتابي (أربعة آلاف، وللمجوسي ثمان مائة) لما روي أنه صلى الله عليه وسلم جعل ديتهم هكذا¹.

ولنا: ما روي أنه صلى الله عليه وسلم قال: «دية كل ذي عهد في عهده ألف دينار»²، وقضى أبو بكر وعمرو وعلي رضي الله عنهم في دية الذمي بمثل دية المسلم³، وكذلك الحكم في المستامن؛ لما روي أنه صلى الله عليه وسلم جعل دية المستامن كالذمي⁴. (وتجب) الدية الكاملة (في المارن) وهو ما لأن من الأنف؛ لأن كمال جمال الوجه يزول بقطعه، والجمال في الحيوانات مقصود كالمنفعة. ولو قطع المارن مع القصب؛ لا يزد على دية واحدة؛ لأن المجموع عضو واحد.

(واللسان) لفوات منفعة التكلم بقطعه، وقد روي أنه صلى الله عليه وسلم قضى بالدية كلها في اللسان والأنف⁵، وكذا لو قطع بعض اللسان إذا⁶ عجز عن أداء أكثر الحروف، ولو قدر على أكثرها؛ تجب⁷ حكومة عدل؛ لأن الإفهام حاصل مع ضرب⁸ خليل. (والذكر) لأن في قطعه نفوت منفعة الإيلاد، وكذا لو قطع حشفته؛ لأنها الأصل في منفعة الإيلاج والدفق.

(والعقل، والشم، والذوق، والسمع، والبصر) لما روي: أن عمر رضي الله عنه قضى لرجل أربع ديات بضرية واحدة على رأسه بحيث ذهب عقله وسمعته وبصره وذوقه.

(وذهاب منفعة الغضو) يعني: إذا لم تفت صورة الآلة من ضربه، وفات منفعتها؛ تجب الدية أيضاً؛ لأن فوات منفعتها كفواتها. (ونوجب فيه) أي: في قطع الذكر (من خصي وعين حكومة عدل) لأنه عضو ناقص المنفعة على التأييد كاليد الشلاء، وهو أن ينظر المجني عليه أنه لو كان مملوكاً، ثم ينتقص من قيمته بهذه الجناية؛ إن كانت ينتقص عشر قيمته؛ ففي الحر يجب عشر دية، وهلم جراً. وقيل: ينظر إلى ما يحتاج إليه في هذا من النفقة وأجرة الطبيب، وهي حكومة عدل. وفي «الخانية» الفتوى على الأول. من «الحقائق»⁹.

(لا دية) أي: قال الشافعي: في قطع الذكر منهنما دية كاملة؛ لعموم قوله صلى الله عليه وسلم: «في الذكر الدية».

(ونعكس في حلق اللحية والرأس) يعني: إذا حلق اللحية أو شعر الرأس، ولم ينبث؛ وجب الدية عندنا. وقال الشافعي: حكومة عدل؛ لأن الشعر زائد في الأدمي، وليس في حلقه إزالة منفعة، ولهذا يحلق شعر الرأس وبعض اللحية في بعض البلاد، فصار كشعر الصدر.

ولنا: إن اللحية في أوانها والشعر جمال، ألا يرى أن الأقرع يتكلف في ستره نفوت الجمال بإزالة كل منهما؟ فوجب الدية كما في الأذنين، وشعر الصدر لا يتعلق به الجمال¹⁰.

وكذا الخلاف في حلق الحواجب، ولو حلق الشارب؛ ففيه حكومة عدل؛ لأنه تابع للحية.

ولو حلق لحية كوسج، وكانت شعرات معدودة؛ فلا شيء فيه، وإن كانت في الخد والذقن غير متصلة؛ ففيه حكومة عدل، وفي المتصلة الدية؛ لأنه لا يكون كوسجاً.

(فإن نبت لم يجب شيء) لأن أثر الجناية لم يبق، عمداً كان أو خطأ.

¹ لم نجده مرفوعاً إلا في تبين الحقائق، 128/6. وقد روي موقوفاً عن عمر، انظر: سنن الترمذي، الديات 17؛ سنن الدرقطني، 150/4. وأخرجه البيهقي بعضه مرفوعاً، انظر: السنن الكبرى له، 101/8.

² المراسيل لأبي داود، ص 276.

³ وقد روي مرفوعاً في المعجم الأوسط، 241/1.

⁴ لم نجده. وفي هذا قتل عمرو بن أمية الضمري مستامنين فوداهما رسول الله بدتي حرين مسلمين، انظر: الاختيار للموصلي، 36/5؛ المعجم الكبير للطبراني، 356/20.

⁵ لم نجده إلا في الهدالة للمرغاني، 462/4.

⁶ د: أو.

⁷ د + فيه.

⁸ د: ضرر.

⁹ د - وهو أن ينظر المجني...

¹⁰ د: جمال.

(وكذا) أي: كذا الحكمُ (لو نَبَتَتْ بيضاء في الحرِّ) يعني: إذا حلق لحيَةً حُرَّ شَابٍ، فنبتت بيضاء؛ لم يجب شيءٌ عند أبي حنيفة؛ لأنَّ الجمالَ يزداد بيباض شعر اللحية، (وفي العبد حكومَةٌ) أي: إذا حلق لحيَةً عبدٍ، فنبتت بيضاء؛ ففيه حكومَةٌ عدلٍ عند أبي حنيفة؛ لأنَّ قيمته ينتقصُ به. (وأوجبها فيهما) أي: الحكومَةُ في الحرِّ والعبد؛ لأنَّ بياضَ الشَّعرِ جمالٌ في أوانه، لا في غير أوانه، فتجب حكومَةٌ عدلٍ.

قَيَّدَ بقوله: «بيضاء»؛ لأنَّها لو نبتت مثلَ الأوَّلِ بأيِّ صفةٍ كانت؛ فلا شيءٌ عليه اتِّفاقًا. من «الخانية».

(وتجب الديةُ في كلِّ ما في البدن منه) أي: مما في البدن (اثنان فيهما) أي: في قطعهما، أو في تفويتِ منفعتهما تجب كلُّ الدية.

أقول: لفظه: «فيهما» مستدرَكٌ، ولو قال: في كلِّ اثنين من البدن؛ لكان أخصَرَ وأولى.

(ونصفُها في أحدهما) أي: تجب نصفُ الديةِ في قطع أحدهما؛ لِما روي أَنَّهُ صلى الله عليه وسلم قال: «في العينين الديةُ، وفي اليدين الديةُ، وفي الرِّجلين الديةُ، وفي الأذنين الديةُ، وفي أحدهما نصفُ الدية»¹، ولأنَّ في تفويت الاثنين من الأشياء الزَّوجة تفويت جنس المنفعة أو الجمال، ففي ثدي المرأة أو حُلْمَتَيْها الديةُ؛ لفوات منفعة الإرضاع، وفي ثدي الرجل حكومَةٌ؛ إذ ليس فيه تفويت المنفعة والجمال.

(وربعها) أي: تجب ربعُ الديةِ (في واحدٍ مما هو فيه) أي: في البدن (أربعة) كأشفار العينين، وهي منابتُ الشعر وأهدابها، وكلُّ الديةِ في قطعها²، وثلاثة أرباع الديةِ في قطع ثلاثة منها. ولو قطع الجفونَ بأهدابها؛ تجب ديةٌ واحدةٌ؛ لأنَّ الأشفارَ مع الجفون كالمارن مع القصبه.

(وعشرها) أي: تجب عُشرُ الديةِ (في كلِّ أصبعٍ) من أصابع اليد أو الرِّجل؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «في كلِّ أصبعٍ عشرٌ من الإبل»³.

(ويقسمُ على مفاصلها) أي: أرشُ كلِّ أصبعٍ يُقسَّمُ على مفاصلها، فالأصبعُ التي فيها مفصلان إذا قُطِعَ مفصلٌ منها؛ ففيه نصفُ أرش أصبعٍ، وإن قُطِعَ مما فيه ثلاثُ مفاصلٍ مفصلٌ⁴؛ ففيه ثلثُ أرش أصبعٍ.

(ويتبعها) أي: الأصابع (الكفُّ) حتى لو قطعها مع الكفِّ؛ تجب نصفُ الديةِ فحسب؛ لأنَّ منفعة البطش بالأصابع، والكفُّ تبعٌ لها.

(فإن قطعها) أي: اليد (من نصف السَّاعد؛ وجبت حكومَةٌ في الزَّائد) على الأصابع والكفِّ، وفيهما نصفُ الديةِ. (وكفًّا) أي: لو قطع كَفًّا (فيها أصبعٌ؛ ففيها أرشُ الأصبع) عند أبي حنيفة، ويكون الكفُّ تبعًا لها. (وأوجب الأَكْثَرُ من أرشها ومن الحكومَةَ في الكفِّ) أي: يُنظرُ إلى أرش الأصبع وإلى حكومَةِ العدل في الكفِّ، فيدخل الأقلُّ في الأَكْثَر.

قَيَّدَ بأصبع إشارةً إلى أنَّ هذا الحكمُ فيما إذا كان المقطوعُ أقلَّ الأصابع، واحترازًا عما إذا كان المقطوعُ كَفًّا فيها ثلاثة أصابع؛ لأنَّ الواجب فيه أرشُ الأصابع، ولا شيءٌ في الكفِّ اتِّفاقًا؛ لقيام الأَكْثَرُ مقامَ الكفِّ.

لهما: إنَّهما جنايتان في محلٍّ واحدٍ فيما دون النَّفْسِ، فيدخل أرشُ أقلِّهما في أكثرهما، كما في الموضحة مع سقوط بعض الشَّعر.

وله: إنَّ الأصابعَ أصلٌ في البطش، والأصلُ. وإن قلَّ. يستتبُّ الفرعُ، كمستبَّةٍ يتبع⁵ الصغار في باب الرُّكَاة، بخلاف الموضحة وسقوط بعض الشَّعر؛ لأنَّ أحدهما ليس تبعًا للآخر.

(ولو شُلَّتْ) أي: يبست (بقطع جارتها) أي: إذا قُطِعَ أصبعٌ رجلٍ عمدًا، فشُلَّتْ أصبعٌ أخرى في جانبها، (ففيهما) أي: في الأصبعين (الأرشُ) عند أبي حنيفة، ولا قصاصَ فيه. (وقالا: القصاصُ في الأولى) أي: في الأصبع المقطوعة، (والأرشُ في الثانية) لأنَّ

¹ سنن النسائي، القسامة 47؛ سنن الدارمي، الديات 12؛ وذكر الزيلعي طرق أخرى في نصب الرابة 371/4 وقال: غريب. وانظر الاختيار للموصلي أيضًا، 38/5.

² د: قطع كلها.

³ سنن أبي داود، الديات 18؛ مسند أحمد بن حنبل، 182/2.

⁴ ح - مفصل.

⁵ د: مع.

الجنابة هنا متعدّدة؛ لوقوعها على محلّين متنافيين، فسقوط القصاص في أحدهما لا يوجب السُّقُوطَ في الآخر، كما لو قطع أصبعاً عمداً وأصبعاً أخرى بجنبها خطأً.

وله: إنّ هذه جنابة واحدة في ذاتها ومحلّها، لكنّ أترّها سرى إلى الآخر، فلما صار بعضٌ موجّبها مألماً، وهو الأرش في الثّانية؛ سقط القصاص عن الأولى، وانقلب مألماً؛ لعدم التجزؤ، بخلاف ما استشهدا به؛ لأنّهما جنابتان متغايرتان¹ ذاتاً ومحلّاً. وفي «الحقائق»: لو قطع أصبعاً، فشلت الكف، أو قطع مفصلاً من أصبع، فشلت بقيّة الأصابع؛ لا يجب القصاص اتّفاقاً. **(ونصفُ عُشرها)** أي: يجب نصفُ عشر الدّية **(في كلّ سنّ)** سواء كان ضرساً أو ناباً؛ لعموم قوله صلى الله عليه وسلم: «في كلّ سنّ خمسٌ من الإبل»²، والأسنان اثنان وثلاثون: عشرون منها أضراس، وأربعُ أنياب، وأربعُ ضواحك، وأربعُ ثنايا. **(ولو نبت عَوْضُها)** أي: لو نبتت سنٌّ أخرى مكان السنّ المقلوعة في البالغ؛ **(فهو)** أي: الأرش **(ساقطٌ)** عند أبي حنيفة. وقالوا: يجب الأرش كاملاً؛ لتحقّق الجنابة الموجبة له، وما حدث فعمّة أخرى من الله، فصار كمن أتلف مأل رجل، وحصل له مألٍ آخر.

وله: إنّ هذه الجنابة عُدمت معنى؛ لأن الجمال والمنفعة عادة³ إليه بسنّ أخرى. **(كسّن الصّغير)** أي: كما يسقط الأرش في سنّ الصّغير إذا نبت أخرى مكانها اتّفاقاً. **(ولو ضربها)** أي: سنّ رجلٍ حرّ، **(فأصفرّت؛ فالأرش واجبٌ)** عند أبي حنيفة؛ لأن الجمال الحاصل بالسنّ البيضاء قد فات، فيجب تمامُ أرشها، **(كما لو أسودّت، أو اخضرت، أو احمرت)** من ضربه يجب الأرش اتّفاقاً. **(وقالوا: حكومةٌ، وهو روايةٌ)** عن أبي حنيفة؛ لأن بعض الأسنان يكون مصفرةً، فيكون الجمال فيه ناقصاً لا فائتاً، والنقصان غير مضبوط، فيجب الحكومة. قيّدنا بسنّ الحرّ؛ لأن في سنّ العبد تجب حكومة العدل اتّفاقاً. **(وتجب حكومةٌ في الأصبع الزّائدة)** أي: في قطعها؛ لأنه لم يتعلّق بها جمالٌ ولا منفعة، لكنّه جزءٌ من الآدمي، فلا يهدر، فتجب الحكومة تعظيماً له.

(وعين الصبي ولسانه ودّكره) أي: تجب حكومةٌ في قطع هذه الأعضاء **(إذا لم تعلم صحته)** أي: صحّة كلّ واحدٍ من هذه الأعضاء، ويُعرف صحّة اللسان بالكلام، والدّكر بالحركة، والعين بما يُستدلُّ به على النّظر، ولمّا كان المقصود من الأعضاء منافعها، وجهل وجودها في الصّغير؛ لم تجب الدية في قطعها.

قيّد بقوله: «إذا لم تعلم»؛ لأن صحته لو علّمت؛ صار الصّغير كالبالغ. **(ولو ذهب عقله أو شعر رأسه بموضحة)** وهي الجراحة التي يظهر العظم فيها؛ **(اقتصرنا على الدّية)** يعني: إذا شجّ رجلاً موضحةً خطأً، فذهب بها عقله؛ لا يلزمه أرشُ الموضحة مع الدية عندنا. وقال زفر: يلزمه. هذا إذا لم يمّ⁴، فإن⁵ مات؛ يدخل أرشُ الموضحة في الدّية اتّفاقاً. **له:** إنّ هذه جنابتان في موضعين، فيجب موجب كلّ جنابة قياساً على المسألة الثّانية، وهي: **(أو سمعه، أو بصره، أو كلامه)** يعني: إذا ذهب بالموضحة هذه المنافع؛ **(وجب الأرش أيضاً)** أي: كوجوب الدّية اتّفاقاً. ولو سقط شعر رأسه كلّ، فلم ينبت؛ فعلى عاقلته كلّ الدّية، ويدخل أرشُ الشجّة في ذلك اتّفاقاً.

ولنا وهو الفرق: إنّ محلّ الشعر جزءُ الرأس، وكذا محلّ العقل؛ لأنه في الجزء الباطن منه. **فإن قلت:** العقل نورٌ في الصّدر يُصنر به عواقب الأمور.

قلت: نعم، إلا أنّ الدّماغ كالفيلة لهذا النور، فبهذا الاعتبار كان العقل في الرّأس، ولهذا ينتقص إذا بيس الدماغ، فاتّحدت الجنابة ذاتاً ومحلّاً، فدخل الأرش في الدية؛ لئلا يكون للجنابة الواحدة موجبان، بخلاف السّمع والبصر والكلام؛ لأن محالّها متغايرة، فصارت الجنابة متعدّدة.

¹ د: متغايران.

² سنن أبي داود، الديات 18؛ مسند أحمد بن حنبل، 2/182.

³ ح: عاد.

⁴ د: تمت.

⁵ ح: وإن.

وإنما لم يقيد الموضحة بالخطأ في المسألتين؛ لأن إيجاب الدية دليل على وقوعها خطأ، وفي عمدها قصاص كما سيأتي قريباً. وإذا زال أثر الشجّة) بأن التحمّث ونبت الشعر؛ (فالأرش ساقط) عند أبي حنيفة؛ لأن الموجب. وهو الشين. قد زال، ولا قيمة بمجرّد الألم، ولهذا لو ضرب ضرباً مؤلماً ولم يؤثر فيه؛ لا يجب شيء^١.

(ويوجب) أبو يوسف (أرش الألم) لأن الشين الموجب إن زال؛ فالألم الحاصل ما زال، فيجب تقويمه. (لا أجره الطبيب) أي: عند محمد؛ تجب أجره الطبيب؛ لأن ثمن الدواء وأجره الطبيب كان بسبب هذه الشجّة، فصار كأن الشاج أخذ ذلك القدر من ماله.

(ويُنْتَظَرُ فِي قِصَاصِ الْجِرَاحِ بَرُوءُهُ) لأن المعتبر في الجراحة مألها لا حالها؛ لاحتمال أنها تسري إلى النفس.

(وتجب حكومته عدل^١ في الشجّة الحارصة) بالحاء والصاد المهملتين، وهي: ما يحرص الجلد، أي: يخذشه ولا يخرج دماً، وهي بالجرّ صفة للشجّة، وكذا أخواتها. (والدّامعة) وهي التي يظهر بسببها الدم ولا يسيل، شبهه بالدمع في العين. (والدامية) وهي التي يسيل الدم منها، (والباضعة) وهي التي يبضع الجلد، أي: يقطعه، (والمتلاحمة) وهي التي تأخذ في اللحم وتقطعه، (والسمحاق) وهي التي تصل إلى السمحاق، وهي الجلدة الرقيقة التي بين اللحم وعظم الرأس. (بأن يقوم عبداً) هذا تفسير للحكومة، يعني: يقوم الحرّ على تقدير أن يكون مملوكاً (سالمًا) عن هذه الجراحة، (وسليماً) أي: يقوم جريحاً. السليم: اللديغ، فكأنهم تفاءلوا له بالسلامة. كذا في «الصحيح». والمراد به هنا: الجريح.

(فيجب من الدية ما نقصته الجراحة من القيمة) مثلاً: إذا كان قيمته سالمًا مائة، ومع أثر الجراحة صارت تسعين، ونقص من القيمة عُشرها؛ فيجب من الدية عشرها. (والقصاص) أي: يجب القصاص (في الموضحة عمداً) لإمكان المساواة فيها بانتفاء السكين إلى العظم، وفي غيرها من الشجاج غير ممكن.

اعلم أنّ الاتفاق على وجوب القصاص في الموضحة عمداً إنّما يثبت إذا لم يختلّ به عضو^٢ آخر، حتى لو شجّ موضحة عمداً، فذهب عينها؛ فلا قصاص عند أبي حنيفة، فتجب الدية فيهما، وقالوا: في الموضحة قصاص، وفي البصر دية. كذا في «الكافي».

(ونصف عشر الدية في الخطأ) أي: إذا كان الموضحة خطأ، (وعشرها^٣) أي: يجب عشر الدية (في الهاشمة) وهي التي تكسر العظم. (وعشر ونصف) أي: يجب عشر الدية ونصف عشرها (في المنقلة) وهي التي تنقل العظم^٤ بعد الكسر، أي: تحركه. (وثلث) أي: يجب ثلث الدية (في الآمة) بالمد وتشديد الميم، وهي التي تصل إلى أمّ الرأس، وهي التي فيها الدماغ؛ لما روي أنّه صلى الله عليه وسلم قال: «في الموضحة خمس من الإبل، وفي الهاشمة عشر، وفي المنقلة عشر ونصف، وفي الآمة ثلث الدية»^٥.

اعلم أنّ هذه الشجاج مختصة بالرأس والوجه لغةً، حتى لو وُجدت في غيره كالساق واليد يسمّى: جراحة، ولا يكون لها أرش مقدّر؛ لأن الأثر بالتقدير إنّما جاء في الرأس والوجه، بل تجب حكومته عدل.

(وثلث) أي: تجب ثلث الدية (في الجائفة) وهي التي وصلت إلى الجوف، (وثلثان) أي: يجب ثلثا الدية (في النافذة) وهي التي نفذت من البطن إلى الظهر؛ لما روي أنّ أبا بكر رضي الله عنه حكم في النافذة هكذا.

(وإذا ضرب بطن امرأة، فألقت جنيناً ميتاً؛ وجبت الغرّة خمسون ديناراً) وهي بيان للغرّة، قيل: الغرّة عُشر دية المرأة، ونصف عشر دية الرجل، وعلى التقديرين يكون خمسين (على العاقلة في سنة) لما روي أنّ امرأة ضربت بطن ضرتها، فألقت جنيناً ميتاً، فحكم النبي صلى الله عليه وسلم على عاقلة الضاربة بالغرّة في سنة^٦. سمّي دية الجنين غرّة؛ لأنّها أوّل شيء يجب في الأدمي، وغرّة الشيء أوّلُه، ومنه: غرّة الشهر.

^١ د - عدل.

^٢ ح: عضواً.

^٣ د: وعشر.

^٤ د: عظم.

^٥ سنن النسائي، القسامة 47؛ سنن الدارمي، الديات 12 بمعناه.

^٦ مصنف عبد الرزاق، 59/10؛ المعجم الكبير للطبراني، 193/1.

(أو حيًّا) أي: لو أُلقت¹ جنيًّا حيًّا، (ثم مات؛ فالديَّة) أي: فتجب الديَّة الكاملة، (أو ميتًا، ثُمَّ ماتت) أي: لو أُلقت جنيًّا ميتًا، ثُمَّ ماتت الأمُّ؛ (فديَّةٌ وغرَّةٌ) للديَّة للأمِّ، والغرَّةُ للجنين، وقد صحَّ أنه صلى الله عليه وسلم قضى في هذه الصُّورة هكذا².
(أو ماتت) أي: الأمُّ من الضَّرْبَةِ، (ثم أُلقتْ حيًّا، ثُمَّ ماتت) الجنيُّ؛ (فديتان) ديةٌ في الأمِّ، وديةٌ في الجنين؛ لأنه قتل شخصين.
(أو ماتت، ثُمَّ أُلقتْ ميتًا؛ فديَّةٌ لا غير) أي: لا شيءٌ في الجنين؛ لأنه يحتملُ أن يموت بموت أمِّه وأن يموت من الضَّرْبَةِ، فلا تجب الغرَّةُ بالشكِّ.

(ولا نوجبُ فيه) أي: في الجنين على الضارب (كفارةً) وقال الشافعيُّ: عليه كفارةٌ؛ لأنه قاتلُ نفسٍ حقيقةً.
ولنا: إنَّه لم يباشر القتلَ، وإنَّما صار سببًا، فلا كفارةٌ في التَّسبب.
(وتورثُ الغرَّةُ) أي: تُقسمُ الغرَّةُ بين ورثة الجنين، ولا يرثه الضاربُ إن كان وارثًا.
وفي «المنظومة»: ذكر خلافَ الشافعيِّ من أنَّ غرَّته لأمه عنده؛ لأنه طرفٌ من أطرافها، فيكون بدلُه لها كسائر أطرافها، والصحيح: أنَّ لا خلافَ؛ لأنَّها بدلُ نفسٍ على حدِّه، فيكون لورثته كالديَّة.
(ولا نعتبُرُ في جنين الأمة) إذا ضربها رجلٌ، فأُلقت جنيًّا (عشرَ قيمة الأمِّ مطلقًا) أي: ذكرًا كان أو أنثى. وقال الشافعيُّ: فيه عشرُ قيمة أمِّه. (فتجب نصفُ عشر قيمته) أي: قيمة الجنين عندنا (ذكرًا لو كان حيًّا، وعشرُ قيمته لو كان أنثى في مال الضَّارِبِ حالًا) لأن العاقلة لا يعقلُ العبيدُ والإماء.

فإن قيل: فيما ذكر ثمَّ تفضيلُ الأنثى على الذكر، ولا تفضيلُ لها عليه في الديات.
قلنا: هذا تسويةٌ لا تفضيلٌ؛ لأن القيمةَ هنا كالدية، وديةُ الأنثى على الصَّنْفِ من ديةِ الذَّكَرِ، فصار العشرُ من هذه مثلُ نصف العشر من الذَّكَرِ، وضمَّانُ الجنين إنَّما وجب باعتبار قطع النَّشْوِ، والذَّكَرُ والأنثى فيه سواءٌ.
له: إنَّ الجنينَ جزءٌ منها، فيكون ضمَّانُه باعتبار الأصل.
ولنا: إنَّ النقصانَ ظهر في الجنين، لا في أصله، فيكون هو أصلًا في الضَّمَّانِ، والمأخوذُ يكون بدلُ نفسه، فكان اعتبارُ قيمته أوَّلَى.

(فصلٌ) فيما يحدثه³ الرجلُ في الطَّرِيقِ

(ومن أخرج إلى طريقِ العائمةِ روشنًا) وهو ما يوطأ من الحجر لصعود العلو، (أو ميزابًا ونحوه) كالكنيف والدكان، وفيه إضرارٌ للمارين، (كان لكلِّ منهم انتزاعُه) أي: لكلِّ من أهل الخصومة مطالبةٌ بالتَّقْضِ، كالمسلم البالغ العاقل الحرِّ أو الذميِّ؛ لأنَّ المرورَ فيه حقٌّ لكلِّ، فيكون له الخصومةُ بنقضه، كما في الملك المشترك، بخلاف العبيد والصبيان المحجور عليهم حيث لا يؤمر بالهدم بمطالبتهم؛ لأنَّ خصومةَ المحجور عليه لا تُعتبَرُ في ماله، فكذا لا تُعتبَرُ فيما يكون لغيره.
هذا إذا بنى لنفسه، وأما إذا بنى للمسلمين كالمسجد ونحوه؛ فلا ينقضُ.

قال إسماعيلُ الصَّفَّارُ: إنَّما ينقضُ بخصومته إذا لم يكن له مثلُ ذلك، فإن كان له مثله؛ لا يُلتفتُ إلى خصومته؛ لأنه لو أراد به: إزالةُ الضرر عن الناس؛ بدأ بنفسه، وحيث لم يُزل ما في قدرته؛ عُلِمَ أنَّه متعيِّتٌ. كذا في «التبيين».

وكذا إذا أراد إخراجَه؛ فله أن يمنعه، سواءً كان فيه ضررٌ أو لا إذا وضع بغير إذن الإمام عند أبي حنيفة؛ لأنَّ التَّدبيرَ فيما يكون حقًّا للعامةِ إلى الإمام؛ لتسكين الفتنة، ومن وُضِعَ بغير إذنِه؛ فقد أساءَ، فللكلِّ أحدٌ أن يمنعه قبل الوضع وبعده، ولكلِّ أحدٍ أن يمنعه قبل الإخراج لا بعده عند أبي يوسف؛ لأنه قبل الإخراج لكلِّ أحدٍ يدٌ فيه، والذي يريد الإخراجَ يقصدُ إبطالَ أيديِ العامةِ وإدخاله في يده الخاصة، فللكلِّ أحدٍ أن يمنعه، وأما بعد الإخراج؛ صار⁴ في يده خاصَّةً، والذي يخاصمه يريدُ إبطالَ يده الخاصةِ من غير دفع الضَّرر عن نفسه، فيكون متعيِّتًا.

وعند محمدٍ: ليس لأحدٍ أن يمنعه قبل الإخراج وبعده إذا لم يكن فيه ضررٌ بالتَّاسِ؛ لأنه مأذونٌ في إحداثه شرعًا. كذا في

«الكفاية».

¹ د: النقت.

² الحجَّة على أهل المدينة للشيباني، 366/4. وفي مصنف ابن أبي شيبة، 350/14.

³ د: يحدث به.

⁴ د: فصار.

(وليس لأحدٍ من أهل دربٍ) وهي السكَّةُ الواسعةُ (غير نافذٍ إحداث ذلك) أي: الرُوشن وغيره، (إلا بأمرهم) أي: بإذن أرباب السكَّة؛ لأن حقَّ المرور لهم، وإذا سقط على إنسانٍ، فهلك؛ فديته على عاقلته؛ لأنه صار سببًا لقتله، وفي الخطأ كان للعاقلة يتحملون الدية تخفيفًا على القاتل، فالتسببُ أولى بالتخفيف، وإن هلك مالٌ بسقوطه؛ فضمانه في مالٍ من أخرجته؛ لأن العاقلة لا تعقل¹ الأموال. (ولو مال حائطٌ) إلى الطريق، (فطولب مالُكُه) أراد به: مَنْ له ولايةٌ على نقضه، حتى لو طولب الأبُّ أو الوصيُّ أو الأمُّ بنقض حائط الصبيِّ، ولم ينقض؛ يجب ضمانُ ما تلف به من مال الصبيِّ؛ لأن فعلهم كفعله. (بنقضه) لئلا يشتغل الهواءُ المشتركُ بين الناس بحائطٍ، سواءً كان طالبه مسلمًا أو ذميًّا، أو حرًّا أو مكاتبًا؛ لأن لكلٍّ منهم حقَّ المرور. (وأشهد عليه) أي: على طلبه النَّقض، (فلم ينقضه في مدَّة الإمكان) أي: في مدَّةٍ يمكنُ نقضُ ذلك الحائط، (فسقط؛ ضمن) مالكُ الحائط (ما تلف به) من المال في ماله، وإن تلف نفسٌ؛ فديته على عاقلته. قيَّد بالطلب؛ إذ لو سقط قبله لا يضمن؛ لأن ميلان الحائط ليس من صنعه، فلم يكن متعدِّيًا فيه، وبعد الطلب صار بامتناعه متعدِّيًا.

وقيَّده بمدَّة الإمكان؛ لأنه لو سقط بعدما شرع في هدمه من وقت الطلب؛ لم يضمن. ولو أخله القاضي أو المطالب؛ لم يصح؛ لأن الحقَّ لجماعة النَّاس، ليس للقاضي ولا لغيره إبطالُ حقِّهم. هذا إذا عرض الميلُ على الحائط، وإن كان أصيلًا بأن بني مائلًا، فسقط؛ يضمن ما تلف به من غير إهادٍ؛ لأنه متعدِّ في بناءه.

وفي «التبيين»: لو سقط الميزابُ، فأصاب ما كان في الدَّاخل رجلًا، فقتله؛ فلا ضمان؛ لأنه غيرُ متعدِّ فيه. وإن² أصاب ما كان خارجًا منه؛ يضمن؛ لأنه متعدِّ فيه بشغلِّ هواء الطريق. وإن أصابه الطرفان؛ وجب النَّصفُ، وهدر النَّصفُ، فصار كما إذا جرحه إنسانٌ وسبَّ، ومات منهما. ولو لم يُعلم أيُّ طرفٍ أصابه؛ يضمن النَّصفُ استحسانًا؛ لأنه في حالٍ يضمن الكلَّ، وفي حالٍ لا يضمن، فيضمن النَّصفُ.

(وإن مال إلى دارٍ جاره طلبه هو) أي: ذلك الجارُ وإن لم يكن مالكًا لتلك الدار؛ لأن الحقَّ له على الخصوص. (ولو طولب أحدُ خمسةٍ) أي: إذا اشترك خمسةٌ نفرٍ في دارٍ، فطولب أحدهم بنقض الحائط المائل، فلم ينقضه في مدَّة الإمكان حتى وقع، فمات إنسانٌ؛ (فخمسُ الدية على عاقلته) أي: عاقلة من طولب عند أبي حنيفة. (أو حفر أحدُ ثلاثةٍ) أي: لو حفر أحدُ ثلاثةٍ شركاء (في دارهم بئرًا بغير إذنهما) وقع فيها إنسانٌ، فمات؛ (فعلى عاقلته ثأنها) أي: على عاقلة الحافر ثلثا الدية عند أبي حنيفة. (وقالا: النَّصفُ فيهما) أي: عليهم نصفُ الدية في المسألتين؛ لأن الحفر لو كان بإذنهما؛ لصار التَّلَفُ بالوقوع هدرًا. ولو كان حفرُ الحافر في غير ملكه؛ لصار ضامنًا، فيكون الهدُّ نصفًا والاعتبارُ نصفًا، كمن جرح رجلًا بإذنه وجراحتين بغير إذنه، فمات؛ يضمن نصفَ الدية.

وله: إنَّ الحافرَ متعدِّ في نصيبه شريكه، وغيرُ متعدِّ في نصيبه، فيضمن فيما يتعدَّى فيه، وهو الثُّلثان، ولا يضمن ما لم يتعدَّ فيه، وهو الثلثُ، فيقسم الضَّمانُ على ما وُجد فيه التعديُّ وعلى ما لم يوجد، كمن استأجر دابةً ليحمل عليها كُرًّا، فحمل عليها كُرًّا ونصفه، فهلكت؛ يضمن المستأجرُ ثلثَ قيمة الدَّابة.

(ولو مات فيها) أي: في البئر التي حفرها في غير ملكه (غمًّا) بفتح الغين المعجمة، وهو أن يكون³ النفسُ مأخوذًا من الحرِّ، نصبه على الحالية أو التَّمييز أو المفعول⁴ له. (فهو هدرٌ) عند أبي حنيفة، أي: لا شيء على عاقلة الحافر. وقالوا: عليهم ديةٌ. قيَّد بقوله: «غمًّا»؛ إذ لو مات من الوقوع يضمن اتِّفاقًا. هذا إذا حفر في طريقٍ هو ممْرُ النَّاسِ؛ إذ لو حفرها في غيره؛ لا يضمن؛ لأنه غيرُ متعدِّ. لهما: إنَّ الغمَّ من هواء البئر مضافٌ إلى الحافر كالعَمق.

¹ ح: يعقل.

² د: ولو.

³ د: تكون.

⁴ د: مفعول.

وله: إِنَّهُ لَمْ يَمُتْ مِنَ السَّقُوطِ حَتَّى يَكُونَ الْحَفْرُ سَبَبًا لَهُ، وَإِنَّمَا مَاتَ مِنَ الْغَمِّ، وَهُوَ لَيْسَ مِنْ صُنْعِهِ، بَخْلَافِ الْعَمَقِ؛ لِأَنَّهُ مِنْ صُنْعِهِ.

(أَوْ جَوْعًا) أَي: لَوْ مَاتَ الْوَاقِعُ فِي الْبَرِّ مِنَ الْجُوعِ (حَكَمَ بِالضَّمَانِ) أَي: حَكَمَ مُحَمَّدٌ بِالذِّبَةِ عَلَى عَاقِلَتِهِ. وَقَالَا: لَا شَيْءَ عَلَيْهِمْ.

إِنَّمَا وَافَقَ أَبُو يُوسُفَ مُحَمَّدًا فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى، وَخَالَفَهُ¹ فِي الثَّانِيَةِ؛ لِأَنَّ الْغَمَّ إِنَّمَا حَصَلَ مِنْ وَقُوعِهِ فِي الْبَرِّ، وَالْجُوعُ غَيْرُ مَخْتَصٍ بِالْبَرِّ.

(لَوْ لُقِيَ الْوَاقِعُ فِيهَا) أَي: لَوْ جَرَّ الْوَاقِعُ فِي الْبَرِّ إِنْسَانًا (آخَرَ، وَهُوَ آخَرَ) بِالنَّضْبِ، أَي: لَوْ جَرَّ الثَّانِي ثَالثًا، وَمَاتُوا، (وَجُهِلَتْ كَيْفِيَّةُ مَوْتِهِمْ؛ يَلْغِي ثَلَاثَ دِيَةِ الْأَوَّلِ، وَيُوجِبُ ثُلُثَهَا عَلَى الْحَافِرِ، وَثُلُثَهَا عَلَى الثَّانِي) يَعْنِي: عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ: دِيَةُ الْوَاقِعِ الْأَوَّلِ أُنْثَلَتْ: ثُلُثُهَا هَدْرًا، وَثُلُثُهَا عَلَى الْحَافِرِ، وَثُلُثُهَا عَلَى الْأَوْسَطِ، (وَنَصْفَ دِيَةِ الثَّانِي لَا غَيْرَ عَلَى الْأَوَّلِ) يَعْنِي: عِنْدَهُ دِيَةُ الثَّانِي نَصْفَانِ: نَصْفُهَا عَلَى الْأَوَّلِ، وَنَصْفُهَا هَدْرًا. (وَأُوجِبَ) مُحَمَّدٌ (دِيَةَ الْأَوَّلِ عَلَى الْحَافِرِ، وَالثَّانِي) أَي: دِيَةَ الْوَاقِعِ الثَّانِي (عَلَى الْأَوَّلِ، وَتَجِبُ لِلثَّلَاثِ عَلَى الثَّانِي) أَي: تَجِبُ دِيَةُ الثَّلَاثِ عَلَى الثَّانِي اتِّفَاقًا.

قَيِّدُ بَجْهَالَةِ الْكَيْفِيَّةِ؛ لِأَنَّهَا لَوْ عُرِفَتْ؛ فَلِأَوَّلِ عَلَى سَبْعَةِ أَوْجِهٍ: إِنْ عُرِفَ أَنَّهُ مَاتَ بِوُقُوعِهِ فِي الْبَرِّ؛ فَالضَّمَانُ عَلَى الْحَافِرِ. وَإِنْ مَاتَ بِوُقُوعِ الثَّانِي عَلَيْهِ؛ فَالضَّمَانُ عَلَى الثَّانِي؛ لِأَنَّهُ هُوَ الَّذِي جَرَّ إِلَى نَفْسِهِ. وَإِنْ مَاتَ بِوُقُوعِ الثَّلَاثِ عَلَيْهِ؛ فَالضَّمَانُ عَلَى الثَّانِي؛ لِأَنَّهُ هُوَ الَّذِي جَرَّ الثَّلَاثَ. وَإِنْ مَاتَ بِوُقُوعِهِ وَوُقُوعِ الثَّانِي عَلَيْهِ؛ فَنَصْفُهُ عَلَى الْحَافِرِ، وَنَصْفُهُ هَدْرًا. وَإِنْ مَاتَ بِوُقُوعِهِ وَوُقُوعِ الثَّلَاثِ عَلَيْهِ؛ فَالْيَصْفُ عَلَى الْحَافِرِ، وَالْيَصْفُ عَلَى الثَّانِي. وَإِنْ مَاتَ بِوُقُوعِ الثَّانِي وَالثَّلَاثِ؛ فَنَصْفُ دِيَتِهِ هَدْرًا، وَنَصْفُهَا عَلَى الثَّانِي. وَإِنْ مَاتَ مِنْ ذَلِكَ كُلِّهِ؛ فَالْثُلُثُ هَدْرًا، وَثُلُثُهُ عَلَى الْحَافِرِ، وَثُلُثُهُ عَلَى الثَّانِي. وَأَمَّا مَوْتُ الثَّانِي؛ فَعَلَى ثَلَاثَةِ أَوْجِهٍ: إِنْ مَاتَ بِوُقُوعِهِ فِي الْبَرِّ؛ فَدِيَتُهُ عَلَى الْأَوَّلِ؛ لِأَنَّهُ جَرَّ فِي الْبَرِّ. وَإِنْ مَاتَ بِوُقُوعِ الثَّلَاثِ عَلَيْهِ؛ فَدِيَتُهُ هَدْرًا؛ لِأَنَّهُ جَرَّ فِي الْبَرِّ. وَإِنْ مَاتَ بِوُقُوعِ الثَّلَاثِ عَلَيْهِ؛ فَنَصْفُ دِيَتِهِ هَدْرًا، وَالْيَصْفُ عَلَى الْأَوَّلِ. وَأَمَّا مَوْتُ الثَّلَاثِ؛ فَلَيْسَ لَهُ إِلَّا سَبَبٌ وَاحِدٌ، وَهُوَ جُرُّ الثَّانِي، فَدِيَتُهُ عَلَيْهِ.

لِ مُحَمَّدٍ. وَهُوَ الْقِيَاسُ: إِنَّ السَّبَبَ الظَّاهَرَ لِلأَوَّلِ وَقُوعُهُ، وَلِلثَّانِي جُرُّ الْأَوَّلِ، وَلِلثَّلَاثِ جُرُّ الثَّانِي، فَيُضَافُ الْحَكْمُ إِلَى السَّبَبِ الظَّاهِرِ.

وَأَبِي يُوسُفَ: إِنَّ سَبَبَ هَلَاكِ الْأَوَّلِ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ مِنْ وَقُوعِهِ فِي الْبَرِّ، وَوُقُوعِ الثَّانِي عَلَيْهِ، وَوُقُوعِ الثَّلَاثِ عَلَيْهِ، وَلَيْسَ بَعْضُهَا أَوْلَى مِنَ الْبَعْضِ، فَتَنْتَقِسُ² دِيَتُهُ أَثَلَاثًا، إِلَّا أَنَّ الثُّلُثَ الَّذِي يَلْزَأُ وَقُوعِ الثَّانِي هَدْرًا؛ لِأَنَّهُ جَرَّ، فَيَكُونُ ثُلُثُهُ عَلَى الْحَافِرِ وَثُلُثُهُ عَلَى الْأَوْسَطِ؛ لِأَنَّهُ هُوَ الَّذِي جَرَّ الثَّلَاثَ عَلَى الْأَوَّلِ، وَسَبَبُ هَلَاكِ الثَّانِي اثْنَانِ: وَقُوعُهُ وَوُقُوعُ الثَّلَاثِ عَلَيْهِ، فَدِيَتُهُ يَكُونُ نَصْفَيْنِ: نَصْفُهُ هَدْرًا؛ لِأَنَّهُ هُوَ الَّذِي جَرَّ الثَّلَاثَ عَلَيْهِ، وَنَصْفُهُ عَلَى الْأَوَّلِ؛ لِأَنَّهُ هُوَ الَّذِي جَرَّ، وَلَا شَيْءَ عَلَى الْحَافِرِ؛ لِأَنَّ الدَّفَاعَ مَعَ الْحَافِرِ إِذَا اجْتَمَعَا؛ كَانَ الضَّمَانُ عَلَى الدَّفَاعِ.

(لَوْ حَفَرَهَا) أَي: الْبَرِّ فِي قَارِعَةِ الطَّرِيقِ عَبْدًا، (فَمَاتَ بِهَا إِنْسَانًا، فَأَعْتَقَ) الْمَوْلَى ذَلِكَ الْعَبْدَ (مَعَ الْعِلْمِ بِهِ) أَي: بِمَوْتِ الْإِنْسَانِ، (ثُمَّ آخَرَ) بِالرَّفْعِ، أَي: ثَمَّ مَاتَ فِيهَا إِنْسَانٌ آخَرَ؛ (ضَمِنَ الْمَوْلَى الدِّيَةَ) الْكَامِلَةَ اتِّفَاقًا، (وَوَلَّى الثَّانِي يَأْخُذُ مِنْهَا) أَي: مِنَ الدِّيَةِ (قَدْرَ قِيَمَةِ الْعَبْدِ) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَبَاقِيَهُ يَكُونُ لَوْلِي الْأَوَّلِ. (وَقَالَا: بَلْ يَضْمَنُ لَهُ) أَي: الْمَوْلَى لَوْلِي الثَّانِي (نَصْفَ قِيَمَتِهِ مِنْ غَيْرِهَا) أَي: قِيَمَةَ الْعَبْدِ مِنْ غَيْرِ الدِّيَةِ، فَتَسَلَّمُ الدِّيَةَ الْكَامِلَةَ لَوْلِي الْأَوَّلِ؛ لِأَنَّ الْعَبْدَ اعْتَبِرَ قَاتِلًا لِهَمَا مِنْ حِينِ الْحَفْرِ، فَيُدْفَعُ تَمَامَ الدِّيَةِ إِلَى الْأَوَّلِ؛ لِأَنَّهُ صَارَ مَخْتَارًا لِلْفِدَاءِ فِي حَقِّهِ دُونَ الثَّانِي؛ لِأَنَّهُ عِلْمُ جَنَائِيَتِهِ عَلَيْهِ، لَا عَلَى الثَّانِي، وَيُدْفَعُ³ نَصْفَ قِيَمَةِ الْعَبْدِ إِلَى الثَّانِي كَمَا لَمْ يُعْلَمَ جَنَائِيَتُهُ بِالْأَوَّلِ.

وله: إِنَّ الْوَاجِبَ عَلَى الْمَوْلَى لِلْوَالِيَيْنِ كَانَ قِيَمَةَ الْعَبْدِ لَوْ لَمْ يَعْرِفِ الْجَنَائِيَةَ الْأُولَى، فَلَمَّا أَعْتَقَهُ بَعْدَ عِلْمِهِ؛ صَارَ مَخْتَارًا لِلْفِدَاءِ فِي الْأَوَّلِ، وَتَعَيَّنَ قَدْرُ الْقِيَمَةِ لِلثَّانِي، فَيُشَارِكُ الثَّانِي الْأَوَّلَ فِي الدِّيَةِ بِقَدْرِ مَا يَسْتَحِقُّهُ، حَتَّى لَوْ كَانَ قِيَمَةُ الْعَبْدِ مِائَةَ دِينَارٍ؛ يَكُونُ لَوْلِي الْقَتِيلِ الْأَوَّلِ دِيَةَ أَلْفِ دِينَارٍ، وَلَوْلِي الْقَتِيلِ الثَّانِي قَدْرُ قِيَمَةِ الْعَبْدِ مِائَةَ دِينَارٍ، فَتَنْتَقِسُ⁴ الدِّيَةُ عَلَى أَحَدٍ عَشْرَ جُزْءٍ⁴، يَأْخُذُ لَوْلِي الْقَتِيلِ الثَّانِي جُزْءًا

¹ د: فخالفه.

² د: فينقسم.

³ د: فيدفع.

⁴ ح: أجزاء.

من أحد عشر جزءاً، وذلك تسعون ديناراً، أو عشرة أجزاء من أحد عشر جزءاً من دينارٍ، ويأخذ وليُّ القَتيلِ الأول عشرة أجزاء من ذلك، وذلك تسعمائة وتسعة دنانير وجزء واحد من أحد عشر جزءاً من دينارٍ. كذا في «المصنفى».

(النوم والجلوس والقيام في المسجد بغير صلاة) كقراءة القرآن والتعليم (موجب) عند أبي حنيفة على النَّائم والجالس والقائم (ضماناً¹ ما تلف به) وقالوا: لا يضمن، سواء كان للصلاة أو غيرها.

وضع المسألة في «الهداية» في مسجد حيٍّ، وذكر في «الإيضاح» في المسجد مطلقاً، فيحمل عليه، وقد صحَّت الرواية أنه إذا كان في مسجد غيره² يضمن اتِّفاقاً، وما ذكر في «الجامع الصغير» لفخر الإسلام: إذا جلس رجل من³ العشرة في المسجد للحديث، فعطب به رجل؛ ضمن اتِّفاقاً؛ فمحمولٌ على كلامٍ محظورٍ، والخلاف في كلامٍ مباحٍ. كذا في «المصنفى».

ويُقال: «بغير صلاة»؛ لأن كلاً من هذه الأفعال لو كان حال انتظار الصلاة، فتلف بفعله شيء؛ لا يضمن اتِّفاقاً.

(وكذا طي حصى ورفق قنديل من أجنبي) يعني: إذا طوى حصى المسجد رجل من غير أهل محلته، أو علّق فيه قنديلاً بلا إذنهم؛ يضمن عند أبي حنيفة ما تلف به. وقالوا: لا يضمن، سواء كان من أهل محلته أو لا.

هذا إذا علّقه للاستيضاء⁴، ولو علّقه للحفظ؛ يضمن اتِّفاقاً.

ويُقال: «من أجنبي»؛ لأن الفاعل لو كان من أهل محلته لا يضمن اتِّفاقاً.

ويُقال: «من أجنبي»؛ لأنه لو كان يذنبهم لا ضمان عليه اتِّفاقاً؛ لأنه التحق بفعلهم لإذنهم. من «الحقائق».

لهما في المسألتين: إن هذه الأفعال مباحة في المسجد؛ لما روي أن أصحاب الصفة كانوا ملازمين للمسجد وقائمين متحدثين فيه، وأن الناس مأذونون بالدخول فيه والصلاة فيه، وبسط الحصى وتعليق القنديل من توابعها.

وله: إن المسجد بني للصلاة، وهذه الأفعال المباحة إذا لم يكن لانتظار الصلاة؛ فمقيّدة بشرط السلامة، كالمروور في الطريق، وأما إذا كانت لانتظار الصلاة؛ فلا يضمن؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «المنتظر للصلاة في الصلاة ما دام ينتظرها»⁵، وإن تدير المسجد من بسط الحصى وغيره مفوض إلى أهله، حتى كان لهم أن يمنعوا غيرهم من ذلك، فلم يقيد فعلهم بالسلامة، وقيد فعل غيرهم بها.

(ويجب) ضمان ما تلف (بحفرة) أي: حفر الأجنبي، (وبنائنه فيه) أي: في المسجد؛ لأن أهل محلته كالملاك له، والأجنبي كالمستعير؛ لكونه مأذوناً في دخوله، وللمستعير أن يدخل الحصى والقنديل في الدار المستعارة، وليس له أن يحفر بئراً أو يبني فيها.

(ويضمن الراكب ما أوطأت الدابة يدها أو رجلها). اعلم أن العبارة الصحيحة للمصنف أن يقول: وطأت الدابة؛ لأنك تقول:

أوطأت فلان الدابة فوطفته.

(أو كدمت) أي: عصت بفمها، (أو صدمت) أي: ضربت بصدرها في طريق العائمة؛ لأن المروور فيه وإن كان مباحاً، لكنّه

مشروطٌ بالسلامة فيما يمكن الاحتراز عنه، وإيطاء الدابة وكدمها وصدفها مما يمكن الاحتراز عنه؛ لأن ذلك بمرأى من عينه.

(لا ما نفحت) أي: لا يضمن ما ضربت (برجلها، أو ذنبها) لأن الاحتراز عنه غير ممكن؛ لأنه ليس بمرأى منه.

هذا إذا كانت سائرة، وإن كانت واقفة، فنفحت؛ ضمن؛ لأن التحرز عنه ممكنٌ بعدم الإيقاف.

وإنما قيدنا الحكم بوقوع هذه الأفعال في الطريق؛ لأن الراكب لو كان سائراً بها في ملكه؛ لا يضمن ما تلف من حركاتها غير الوطء؛ لأنه متصرف في ملكه، فلم يكن متعدياً، إلا أن التلّف بوطء دابته جعل كإتلافه، ولهذا وجبت عليه الكفارة وحرمان الإرت في الوطء دون غيره، ولو كان الراكب في ملك غيره؛ يضمن ما تلف من حركات دابته، سائرة كانت أو واقفة؛ لأنه متعدٍ فيه.

(أو تلف) أي: لا يضمن ما تلف (بروثها) أو بولها في الطريق، سواء كانت (سائرة أو واقفة له) أي: للروث؛ لأن التحرز عنه

غير ممكن، أمّا حالة السير؛ فظاهر، وأمّا حالة وقوفها؛ فلأن بعض الدواب لا يروث حتى يقف.

¹ د: لضمان.

² د: غير.

³ د: مع.

⁴ ح: بلا استيضاء.

⁵ صحيح البخاري، الجماعة 1؛ صحيح مسلم، المساجد 275؛ سنن الترمذي، الصلاة 245.

وفي قوله: «واقفة له» دلالة على أنه لو أوقفها لغير ذلك؛ يضمن لإمكان التحرُّر عنه بعدم الإيقاف، وكذا لو أوقفها في باب المسجد أو في موضعٍ عنده يوقفون فيه الدوابُّ بإذن الإمام؛ لأنه كالطريق. ولو أوقفها في السُّوق التي تباع؛ لا يضمن الهالك مما حدث من إيقافه؛ لأنه في ذلك مأذونٌ من قِبَل الإمام.

(والقائدُ) أي: يضمن القائدُ (ما أصابتُ) أي: أهلكتُ (بيدها دون رجلها) لأن نَفَحَتَهَا غائبةٌ عن نظر القائد، فلا يمكنه الاحترازُ عنه. **(والسائقُ) أي:** يضمنُ السائقُ (ما أصابتُ بهما) أي: بيدها ورجلها؛ لأنَّهما برأى من السائق، فيمكنه الاحترازُ عنه. كذا ذكره القدوريُّ.

(وقيل: كالقائد) يعني: السائقُ لا يضمنُ ما أصابتُ برجلها كالقائد **(في الأصح)** وإليه مال أكثرُ المشايخ؛ لأن رَجُلَهَا وإن كانت برأى من عينه، لكن ليس فيها ما يمنعها به عن النَّفْحَةِ، فلا يمكنه الاحترازُ عنها، بخلاف الكدم؛ لأنه يمكنه كُبْحُهَا بلجامها. **(وقائدُ قطارٍ) أي:** يضمنُ (ما أوطأ) القطارُ، فتلَف؛ لأن القطارَ كلُّه في يده، فيضأفُ فعلُه إليه، فيصير كأنه قتله خطأً، فيكون ضمانُ النفس على عاقلة القائد، وضمانُ المال في ماله. وكذا لو ربط رجلًا بغيراً بالقطار والقائد لا يعلم، فوطئُ المربوط رجلًا، فقتله؛ لأن التلفَ أَصْلُ بالقدود دون الربط، لكن عاقلة القائد يرجعون بالديَّة على عاقلة الرّابط؛ لأنه هو الذي أوقعهم في هذا الضَّمان. قالوا: هذا إذا ربط حالة سير القطار، أما إذا ربط حالة وقوفه، ثُمَّ قاد؛ ضمن القائد؛ لأنه قائدٌ بغير غيره بغير أمره، فلا يرجعُ عليه ما لحِقَه من الضَّمان. كذا في «الكافي».

(فإن كان معه) أي: مع القائد (سائقٌ؛ ضَمِينًا) ما أوطأ القطارُ؛ لأنه سائقٌ لكلِّه، وكذا لو كان السائقُ مع الرّابك، فقيل: لا يضمنُ السائقُ؛ لأن الرّاكبَ مباشرٌ لِمَا مَرَّ، والسائقُ سببٌ، ولا عبرة له مع المباشر، كالحافر مع الملقى.

(ونوجب دية كلِّ من المصطدمين) أي: اللذين اصطدما خطأً وماتا **(على عاقلة الآخر، لا نصفها) أي:** قال الشافعيُّ: تجب على عاقلة كلٍِّ منهما نصفُ دية صاحبه لوليِّ الآخر؛ لأن الاصطدامَ فعلٌ يقوم بهما، فيهدر¹ نصفه، وهو ما تلف بفعله، ويعتبرُ نصفه، وهو فعلٌ صاحبه، كما لو جرح نفسه وجرحه آخرٌ، فماتت منهما؛ يجب نصفُ الضمان.

ولنا: ما روي عن علي رضي الله عنه: أنه جعل على عاقلة كلِّ واحدٍ من المصطدمين ديةً كاملةً. اعلم أنَّ هذا إذا وقع كلٍُّ منهما على قفاه، وأما² إذا وقعا على وجههما؛ لا شيءَ عليهما. وإن وقع أحدهما على قفاه والآخر على وجهه؛ فدية الذي يقع على وجهه هدرٌ، ودية الآخر على عاقلة صاحبه. وأنَّ هذا إذا كانا حزينين، وإن كانا عبيدين؛ يهدرُ الدَّمُ في العمد والخطأ؛ لسقوط الدَّفْعِ أو الفداء بانعدام المحلِّ. ولو كان أحدهما حُرًّا والآخر عبدًا؛ تجب على عاقلة الحرِّ المقتول في الخطأ قيمة العبد، ثُمَّ تلف العبد الجاني، وأخلفَ بدلًا، فيكون بدلُه لورثة المجني عليه، فيأخذها ورثة المقتول الحرِّ بجهة كونه مقتولًا، لا بجهة كونه قاتلاً، وفي العمد نصفُ قيمة العبد. دليلهما مذکورٌ في «الهداية»، من أراد فليطالعها. **(وورثوا كلاً من الزوجين من دية الآخر) وقال مالكٌ:** لا يرث؛ لأنَّها بدلُ النفس، ولا حقٌّ لأحدهما في نفس الآخر بعد ارتفاع الرُّوحية بالموت، بخلاف التركة؛ لأنه مالٌ.

ولنا: ما روي أنَّ النبيَّ صلى الله عليه وسلم ورث امرأةً من دية زوجها³، والدية تركةٌ، ولهذا تقضى ديونُه منها. **(ونصبتُه) أي:** القاتل (قيمةً جميلٍ صالحٍ عليه) أي: قصد إهلاكه، **(فقتله) وقال الشافعيُّ:** لا ضمانٌ عليه؛ لأنه قَتَلَهُ لدفع الهلاك عن نفسه، فلا يضمن⁴، كما إذا قتل إنسانًا صائلاً.

ولنا: إنَّه مالٌ متقوِّمٌ، فيجب بإتلافه الضَّمانُ رعايةً لحقِّ مالِكه، كما لو دفع الهلاك عن نفسه بأكل مال الغير حالة المخمصة.

(فصلٌ) في جنابة العبد والجنابة عليه

(إذا جنى العبدُ خطأً؛ فإن شاء مولاه دفعه إلى الوليِّ) أي: إلى وليِّ الجنابة، **(فيملكه) أي:** الوليُّ العبدَ، **(وإلا؛ فداه) أي:** إن لم يشأ دفع فداه **(بالأرش) أي:** أرش الجنابة؛ لأن الأصل في الخطأ العاقلة تخفيفًا على المخطئ، ولا عاقلة للعبد إلا مولاه؛ لأنه

¹ د: فهدر.

² د: فأما.

³ موطأ مالك، 1272/5؛ سنن أبي داود، الفرائض 18؛ سنن الترمذي، الديات 19.

⁴ د: يضمنه.

هو المستنصر به، فإنما لم يلزمه المأل حتماً؛ لأنه واحدٌ ربّما لا يقدرُ على ذلك، فيتخيّرُ بين الدّفْع والفداء تخفيفاً له، لكنّ الدّفْع هو الأصل، ولهذا يسقطُ بموت العبد قبل اختياره الفداء، وأمّا بعده؛ فالحقُّ انتقلَ إلى ذمّة المولى، فلا يسقطُ. قال المصنّفُ في «شرح» في لفظ الكتاب دلالةً على أنّ الدّفْع هو الأصل حيثُ قال: «وإلا فداء بالأرش»، ولم يستوِ الخيارُ بين الأمرين.

أقول: معنى قوله: «وإلا»: إن لم يشأ، فكان مسوّياً بينهما، وإن جعلَ معنى قوله: «وإلا»: إن لم يدفعه؛ يكون قوله: «فإن شاء مولاه» مستدرَكًا. نعم، ما ذكره إنّما استقام لو قال: إذا جنى العبدُ خطأً دفعه إلى الولي، وإلا فداء. (حالاً) أي: كلُّ من الدّفْع والفداء يلزمه حالاً، أما الدّفْع؛ فلأنّ التّأجيلَ في الأعيان لا يصحُّ؛ لأنه للتّحصيل، والعينُ حاصلٌ. وأمّا الفداء؛ فلائنه بدلٌ على العبد، وللبدل حكمُ المبدل.

(وإن جنى ثانياً) أي: العبدُ بعدما فداءه المولى (عاد الحكم) أي: يخيّرُ المولى بين الدّفْع إلى وليّ الجنابة الثّانية والفداء؛ لأنّ الجنابة الأولى بالفداء صارتُ كأن لم تكن.

(أو أكثر من واحدة) أي: إذا جنى العبدُ قبل الفداء أكثرَ من جنابةٍ واحدةٍ؛ (خيّر) المولى (بين دفعه إلى الأولياء، فيقتسمونه) أي: العبد المدفوع (بقدر حقوقهم) أي: حصّصهم، حتى لو قتل إنساناً وفقاً عين آخر؛ جعل العبدُ أثلاثاً؛ لأنّ أرشَ العين نصفُ أرش النفس، (أو فدائه بأروشهم) جميعاً؛ لأنّ تعلّق الجنابة الأولى برقبته لا يمنع تعلّق الثّانية كالديون المتلاحقة.

(ولو أعتقه) أي: المولى عبده الجاني، (أو باعه) من المجنيّ عليه أو غيره، (أو وهبه) أي: من غير المجنيّ عليه؛ إذ لو وهبه من المجنيّ عليه لا يكون مختاراً للفداء؛ لأنّ حقه كان في أخذه بغير عوضٍ، وهو حاصلٌ له في الهبة دون البيع. (أو دبره، أو استولدها) أي: أمته الجنابة، (قبل العلم بها) أي: بجنابة عبده أو أمته؛ (ضمن الأقلّ من القيمة والأرش) لأنّ الأصل فيه كان الدّفْع، فلما تعدّر بسببٍ من المولى؛ وجب القيمة عليه، فإن كان الأرش أكثرَ؛ لا يلزمه إلا القيمة؛ لأنّ المنع من المولى لم يوجد في أكثر منها، وإذا كان القيمة أكثرَ؛ لا يلزمه إلا الأرش؛ إذ لا حقٌّ للوليّ في أكثر منه، ولا فائدة في التّخيير بين الأقلّ والأكثر؛ إذ الجنسُ متّحدٌ، إنّما لم يصير المولى بهذه التّصرفات مختاراً للفداء؛ لأنّ الاختيار إنّما يكون بعد العلم.

(أو بعده) أي: لو تصرفَ فيه بما سبق من الإعتاق وغيره بعد العلم بجنابته (ضمن الأرش) لأنّه فوّت الدّفْع بإعتاقه، فصار مختاراً للفداء. ولو باع بشرط الخيار للبايع؛ لا يصيرُ مختاراً؛ لأنّ الملك لا يزول. ولو باع بيعاً فاسداً؛ لا يصيرُ مختاراً إلا بالتّسليم إلى المشتري.

(وما جعلناه) أي: المولى (بالإجارة) أي: بإجارته العبدَ الجاني (والرهن والعرض على البيع والإقرار) أي: إقراره بأنّه لغيره (بعده) أي: بعد العلم بجنابته (مختاراً للفداء) وقال زفر: يصيرُ مختاراً؛ لأنّ هذه الأشياءُ تدلُّ على اختياره إمساك العبد.

ولنا: إنّ الدّفْع في هذه التّصرفات ممكنٌ، أمّا في العرض؛ فظاهرٌ، وأمّا في غيره؛ فتفسخُ الإجارة، وفكّ الرهن، وفي الإقرار بأن كذّبه المقرُّ له، وإن صدّقه فيه؛ يخيّرُ المقرُّ له؛ لأنّ الجاني عبده.

(ولو علّق عتقه بقتل زيد، فقتله) أي: العبدُ زيدا (خطأً؛ جعلناه) أي: المولى (مختاراً له) أي¹: للفداء، (وألزمناه) أي: المولى (الدية، لا القيمة) وقال زفر: لا يصيرُ مختاراً للفداء، فعليه قيمته.

قيّد بالخطأ؛ لأنه لو قتله عمداً يجب القصاصُ اتّفاقاً.

له: إنّ العبدَ وقت تعليق المولى لم يكن جانياً، وبعدهما جنى لم يوجد من المولى فعلٌ ليصيرَ به مختاراً للفداء.

ولنا: إنّ المعلّق بالشّروط ينزّل عند وجود الشّروط، فصار كما إذا أعتقه بعد الجنابة.

(والمفلس إذا اختاره) أي: إذا جنى عبداً لمفلسٍ، فاختار فداءه، ولم يكن له مالٌ يؤدّيه منه؛ (لا يُجبر على الدّفْع) عند أبي حنيفة، فعليه الأرش. وقالوا: عليه دفعُ العبد؛ لأنه لمّا اختار الفداء؛ انتقل الحقُّ من الدّفْع إليه كالحوالة، فإذا توي ما عليه بإفلاسه؛ عاد إلى العبد.

وله: إنّ المولى لو كان اختارَ الدّفْع تعيّن، فكذا إذا اختار الفداء؛ لأنّ الواجب أحدهما، لكنّ المولى ذو عسرةٍ، فللوليّ نظرةٌ إلى ميسرةٍ.

¹ د - أي.

(ولو جنى مكاتب، فلم يقض بشيء) أي: لم يقض القاضي بالقيمة للأول (حتى جنى أخرى) أي: جناية أخرى؛ (أوجبتنا قيمة واحدة) لوليّ الجنائتين. وقال زفر: يلزمه قيمتان، لكلّ جناية قيمة.

قيّد بعدم القضاء؛ لأنه لو قضى للأول بالقيمة؛ يلزمه قيمة أخرى اتّفاقاً.

(وألزمتنا مولى المدبّر قيمة واحدة عن جنائته) وقال زفر: عليه قيمتان أيضاً.

له في المسألتين: إنّ القيمة وجبت ديناً في ذمّة المولى في الجناية الأولى؛ لتعدّد الدّفْع بالكتابة والتّدبير، فيلزمه قيمة أخرى بالتّانية؛ إذ لا تضايّق في الواجب في ذمّة¹، كما لو قضى للأول، ثمّ جنى ثانياً.

ولنا: إنّ الأصل في جناية العبد الدّفْع، إلا أن يمنع مانع عن الانتقال، والمانع في المسألة الأولى متردّد قبل القضاء؛ لجواز أن يعجز المكاتب، ويدفعه المولى، وأمّا بعد القضاء؛ فاليأس عنه حاصل؛ لانتقال الموجب الأصليّ إلى القيمة بالقضاء، فلهدا لو عجز بعد القضاء لا يدفع، كالعبد المبيع إذا أبق لا ينتقض البيع إلا بقضاء القاضي، وفي المسألة الثّانية المانع متقرّر، فوجب القيمة من غير توقّف.

(ولو قتل) المدبّر رجلاً خطأً، وآخر) أي: قتل رجلاً آخر (عمداً، فعفا أحد وليّ العمد) وانقلب نصيب الآخر مآلاً، وضمن المولى قيمة المدبّر؛ (فقيمتُه مقسومة) عند أبي حنيفة بين وليّ الخطأ ووليّ العمد الذي لم يَغفُ أثلاثاً بطريق المضاربة، فأعطى القاسم (ثلاثين لوليّ الأولى، وثلاثاً لشريك العافي) لأن حقّ وليّ الخطأ في كلّ القيمة، وحقّ غير العافي في التّصف، فيجعل كلّ نصيب سهماً²، فصار حقّ وليّ الخطأ في سهمين، وحقّ غير العافي في سهم.

(وقالا: أرباعاً) أي: تُقسّم القيمة بينهما بطريق المنازعة أرباعاً: ثلاثة أرباعها لوليّ الخطأ، وربعه لشريك العافي؛ لأن التّصف سلّم لوليّ الخطأ بلا منازعة، واستوتت منازعتهما في التّصف الآخر، فيكون بينهما.

(ويضمن) المولى (في المدبّر وأمّ الولد) إذا صدر منهما جناية (الأقل من قيمتهما ومن الأرش) لما روي أنّ عبيدة بن الجراح³ قضى بجناية المدبّر على مولاه بحضور من الصحابة من غير نكير، وإنّما لزمه الأقل؛ لما بينا قريباً.

(فإن عاد) المدبّر، (فجنى، وقد دفع) المولى (القيمة إلى الأول) أي: إلى وليّ⁴ الأول (بقضاء؛ شاركه وليّ الثّانية) فلا سبيل له على المولى اتّفاقاً، فيكون القيمة بينهما نصفين، وتعتبر قيمته لكلّ منهما في حال الجناية، حتى لو كانت قيمته وقت الجناية الأولى ألفاً ووقت الجناية الثّانية ألفين⁵ ووقت الجناية الثّالثة خمسمائة؛ تجب على المولى ألف درهم؛ لأنه جنى على الأوسط وقيمتُه ألفان، فيكون لوليّ الأوسط ألف منها لا يشاركه فيه أحد؛ لأن وليّ الأولى لا حقّ له فيما زاد على الألف، وإنّما حقه في قيمته يوم جنى، وهو ألف درهم، وكذا الثّالث لا حقّ له فيما زاد على خمسمائة، ثمّ يُقسّم خمسمائة من الألف الأول بين الأول والأوسط، فبقي من قيمته خمسمائة، يُقسّم بين الثّلاثة؛ لاستوائهم. كذا في «التبيين» و«الكافي».

(أو بغيره) أي: إذا كان المولى دَفَعها بغير قضاء؛ (فالثّاني) أي: الوليّ الثّاني (يرجع على الأول أو على المولى، ثمّ يرجع المولى عليه) أي: على الأول عند أبي حنيفة. (وقالا: لا شيء على المولى) سواء دفع القيمة بقضاء أو بغيره، وكذا الحكم في أمّ الولد؛ لأن الاستيلاء يمنع الدّفْع كالتّدبير.

قيّد بالمدبّر؛ لأن الجاني لو كان قنّاً، ودفعه إلى وليّ الجناية الأولى، ثمّ جنى؛ لا سبيل لوليّ الجناية الثّانية على المولى اتّفاقاً، فيأخذ نصف العبد من الوليّ الأول.

لهما: إنّ المولى لمّا دفع القيمة إلى الأول؛ دفع كلّ الحقّ إلى مستحقّه؛ لأن الجناية الثّانية لم تكن موجودة حينئذٍ، فلم يَبْق عليه شيء، فصار كما لو دفع بقضاء القاضي.

¹ د: الذمة.

² ح: بينهما.

³ ح: جراح.

⁴ د: الولي.

⁵ د: ألفان.

وله: إنَّ حقوقَ أولياء الجنایات متَّصلة¹ بالقيمة لتعدُّر الدَّفْع، فإذا دفعها المولى بغير قضاء؛ فقد سلَّم إلى الأول ما تعلَّق به حقُّ الثَّاني، فله أن يضمِّن المولى لدفع حَقِّه إلى غير مستحقِّه، وأن يضمِّن الأول؛ لقبض حَقِّه ظلماً، وأتما إذا دفعها بقضاء؛ فقد زالت يده عنها بغير اختياره، فلم يلزمه ضمَّانها.

(وجناية المغصوب على مولاها) أراد بها: الجنایة الموجبة للمال بأن قتله خطأً، **(معتبرة)** عند أبي حنيفة، فيجب على الغاصب للمالك الأقلُّ من قيمة الجاني والأرض، أو من قيمته وقيمة ما أتلفه من المال، وبقي المغصوب مقررًا على المالك، وعندهما: هدْرٌ. قیدنا الجنایة بكونها موجبة للمال؛ لأنَّها لو كانت موجبة للقوقد؛ فمعتبرة اتِّفاقاً، فيقتل العبدُ قصاصاً. **لهما:** إنَّ ملك المولى باقٍ في المغصوب، ولو اعتبر جنايته في حَقِّه؛ لزم أن يكون المولى دافعاً لعبده أو قيمته إلى نفسه، وأن يكون مملِكًا ومتملِكًا، وهما متنافيان.

وله: إنَّ الغاصب في حقِّ المغصوب جُعِلَ كالمالك، والمالك جعل كالأجنبيِّ، ولهذا لو جنى؛ فضمَّانُه على الغاصب تطهيرًا له عن الجنایة، لا على المالك، ولا تنافي؛ لأنَّ المملِك هو الغاصب؛ لكونه مأمورًا بدَفْع ما هو الأقلُّ من قيمته ومن الأرض. **(وعلى الغاصب هدْرٌ)** أي: جنایة المغصوب على غاصبه وماله هدْرٌ عند أبي حنيفة. وقالوا: هي معتبرة؛ لأنَّ ملك المولى قائم فيه، والغاصب أجنبيٌّ حقیقَةً، فيؤمِّر المولى بالدَفْع أو الفداء.

وله: إنَّ الغاصب مالکُه حکمًا، فلا تُعتبر² جنايته عليه، كما لا تُعتبر³ على مالکِه حقیقَةً⁴ وحکمًا. **(ولو قتل)** أي: المغصوب رجلًا **(عند الغاصب خطأً، فردّه)** أي: الغاصب العبدُ إلى المولى، **(فقتل آخر)** أي: العبدُ رجلًا **(آخر عند المولى، فاختر دفعه بهما)** أي: دفع المولى العبدَ بالجنایتين لاستوائيهما، فاقسما بينهما، **(ورجع)** المولى **(على الغاصب بنصف قيمته)** أي: قيمة العبد؛ لأنه جنى في ضمان الغاصب **(أمره بتملُّكه)** أي: أمر محمد المالك بأن يملك⁵ النصف الأول، ولا يدفعه إلى وليِّ الجنایة الأولى. **(وأمره بدفعه)** أي: بأن يدفع المولى ما رجع على الغاصب من النصف⁶ **(إلى وليِّ الأولى، وبالرجوع)** أي: بأن يرجع المولى على الغاصب **(ثانيًا بمثله)** أي: بنصف قيمته **(لنفسه)** أي: يكون ذلك التَّصفُّ للمولى. **له:** إنَّ التَّصفُّ الذي أخذه المولى من الغاصب بدلُ نصف العبد الذي وصل إلى وليِّ الجنایة الأولى، فلا يدفعه إليه كيلا يجتمع البدلُ والمبدلُ منه في ملك واحدٍ.

ولهما: إنَّ وليِّ الأولى كان مستحقًّا لجميع العبد لانعدام المزاحم، ووصل إليه نصف العبد، ووُجد في يد المولى نصف العبد فارغًا، وهو نصف القيمة الذي أخذه من الغاصب، فيأخذه ليكِّمَل حَقِّه، وإذا أخذه منه يرجع المولى بما أخذه على الغاصب؛ لأنه استحقَّ بسبب كان في يد الغاصب.

(ولو اشترى عبدًا، فقتل) أي: قتله إنسانًا **(قبل القبض عمدًا، فإن أمضاه)** أي: أجاز المشتري البيع؛ **(فله القصاص)** أي: للمشتري قصاص عند أبي حنيفة؛ لأنه هو المالك حقیقَةً. **(وإن فسح؛ فهو)** أي: القصاص عند أبي حنيفة **(للبيع)** لأنَّ العبد عاد إلى ملكه. **(ويوجب)** أبو يوسف **(القيمة للبيع في الفسخ)** عُرِفَ من هذا القيد: أنَّه وافق أبا حنيفة في الإمضاء، إنَّما أوجب قيمته على القاتل؛ لأنَّه حين الجنایة لم يكن ملكًا للبياع، فصار ذلك شبهةً مسقطَةً للقصاص. **(وأوجبها في الحالين)** أي: أوجب محمد القيمة في حال الإمضاء والفسخ؛ لأنَّ المشتري لم يكن متعيَّنًا للاستيفاء؛ لاحتمال إجازته ونقضه.

(ومن قتل عبدًا خطأ؛ كانت قيمته على العاقلة) لأنَّ العبيد أنقص حالًا من الأحرار، والنصُّ الوارد في ديتهم لا يكون واردًا في دية العبيد، فقدر بقيمته؛ لأنَّها عدلٌ.

1 د: متعلقة.

2 د: يعتبر.

3 د: يعتبر.

4 د: حقية.

5 ح: تملك.

6 د: انتصف.

(ولا يُزادُ) قيمته (على عشرة آلاف) درهم، كما لا تُزادُ عليها دية الحرِّ، (إلا عشرة) يعني: إذا كانت قيمته عشرة آلاف درهم؛ يُنقصُ منها عشرة دراهم؛ خطأ¹ لرتبة العبد عن الحرِّ، والتقديرُ بعشرة مروئٍ عن ابن عباس رضي الله عنهما. اعلم أنَّ العاملَ في المستثنى ليس قوله: «لا تزداد²» لفساد المعنى، بل عامله محذوفٌ، يعني: بل تؤخذ³ عشرة آلافٍ إلا عشرة، وكذا المعنى في أخواتها.

(وفي الأمة على خمسة آلاف إلا عشرة) يعني: إذا كانت قيمة الأمة القتيلة أزيد من الدية؛ يقضى بخمسة آلاف درهم، وينقص عنها عشرة دراهم. (ويوجبها في ماله) أي: يوجبُ أبو يوسف قيمة العبد في مال الجاني (بالغة ما بلغت كالمغصوب) أي: كما لو غصب عبدًا قيمته أزيد من الدية، وهلك في يده؛ تجب قيمته بالغة ما بلغت اتفاقًا. وقالوا: تجب عشرة آلافٍ إلا عشرة؛ لأن في العبد معنى الآدمية، فهذا⁴ كان مكلفًا، وفي القتل آدميته أولى بالاعتبار من ماليته، ولهذا يقتض من قتله عمدًا، والقصاص لا يجب بإتلاف المال، والواجب هنا ضمان النفس، وضمان نفس الحرِّ لا يُزادُ على عشرة آلاف درهم، فأولى أن لا يُزاد في العبد مع نقصانه عنه، وأما في الغصب؛ فإنما وجبت⁵ قيمته بالغة ما بلغت؛ لأنه ورد على ماليته، لا على آدميته.

(ويقدر من القيمة ما يقدر من الدية) لأن القيمة في العبد كالدية في الحرِّ، (فلا يُزادُ في يد العبد على خمسة آلاف) لأن الواجب في نفس العبد⁶ عشرة آلافٍ إلا عشرة، واليد نصف الآدمي، فيجب فيها نصف ما يجب في النفس، (إلا خمسة). (ويجب) ضمان طرف العبد (في مال الجاني) لا على العاقلة كما في يد الحرِّ؛ لأن أطراف العبد مأل من وجهه، وملحقة بنفسه من وجهه، فبالاعتبار الأول وجب ضمانها في ماله؛ لأن ضمان المال لا يكون على العاقلة، وبالاعتبار الثاني قُدِّرَ ضمانها بضمن النفس.

(فصلٌ في القسامة)

وهي أيمانٌ تُقسم على المتهمين في الدَّم. كذا في «الصحاح». (وإذا وُجد قتيلٌ في محلَّةٍ وبه أثرٌ) من جراحةٍ، أو أثر ضربٍ، أو خنقٍ. قيَّد به؛ لأنه إذا لم يكن به أثرٌ؛ يكون ميتًا حتف أنفه، ولا يكون قتيلًا عرفًا.

(أو كان دمه يسيل من عينه⁷ أو أذنه) قيَّد بهما احترازًا عن خروج الدَّم من فمه أو دُبره أو ذكره؛ إذ لا قسامة فيه؛ لأن الدَّم من هذه الأعضاء للميت يخرج عادةً، فلم يدل على أنه أثر فعل القتال، وأما الدَّم من العين والأذن؛ فلا يخرج عادةً، فدل على أنه أثر فعلي.

(أو وُجد بدنه) أي: بدن القتيل في محلَّةٍ، (أو أكثره) أي: أكثر البدن، سواء كان معه رأسٌ أو لا، (أو نصفه مع الرأس) قيَّد بالأكثر وبالرأس؛ لأن الموجود لو كان أقل البدن أو النصف بلا رأسٍ أو الرأس وحده؛ لا يكون في حكم القتيل، عُرف هذا بالنصي. (ولا يُعلم قاتله) قيَّد به؛ لأنه لو كان معلومًا تعلق الحقُّ به، وسقط القسامة، (وَادَّعَى وَلِيُّهُ) أي: وليُّ القتيل (قتله على أهلها) أي: على جميع أهل المحلَّة.

قيَّد بدعوى الولي؛ لأن الحقَّ له، فشرط دعواه.

(أو على بعضهم عمدًا، أو خطأ، ولا بينة) قيَّد به؛ لأن البينة لو كانت للمدعي؛ فلا قسامة. (يختار منهم خمسين رجلًا) وفيه إشارة إلى أنَّ تعيين الخمسين من أهلها إلى الولي، والحصر بهذه العدد ثبت بالسنة. (أحرارًا بالغين عقلاء) قيَّد بهذه القيود؛ لأن اليمين إنما يكون على أهل النُّصرة، والمرأة والعبد والصبي والمجنون ليسوا من أهلها.

(يحلِفون: بالله ما قتلناه، ولا عرفنا قاتله) فيحلف كل واحدٍ منهم: بالله ما قتلْتُ، ولا علمتُ له قاتلاً؛ لجواز أنه قتله وحده، فيجتري على يمينه: بالله ما قتلنا، يعني: جميعًا.

1 د: خطأ.

2 د: يزداد.

3 د: يؤخذ.

4 د: ولهذا.

5 د: وجب.

6 د + كان.

7 د: عينيه.

وفي «الذخيرة»: لو حلفوا غرموا الدية، وإن نكلوا؛ يُحبسون حتى يحلفوا. وهذا في دعوى العمد. أمّا في الخطأ؛ فيُقتضى بالدية على عاقلتهم. كذا في «الخانية».

أقول: عَلِمَ من هذا التعريف أن قوله في المتن¹: (ثم يقضى بالدية عليهم) أي: على عاقلتهم؛ لِمَا روي أَنَّ عمر رضي الله عنه قضى هكذا؛ ليس كما ينبغي؛ لأنه أبهم، ولم يُعلم أَنَّ الدية عليهم أو على عاقلتهم².

(وتكرّر) اليمين (إن نقصوا) أي: نقص الرجال الصالحون لليمين من عدد الخمسين؛ لأن التكرار في معنى إكمال العدد بقدر الإمكان.

(فإن نكلوا) عن اليمين؛ (حُيسوا ليقرّوا) بالقتل، (أو يحلفوا، ويحكم بها) أي: أبو يوسف بالدية (لنكلهم). (ولا نبدأ بيمين الولي إذا كان لوث) أي: علامة القتل برؤية الدم على واحدٍ منهم، أو ثبوت العداوة بين القتل وأهل المحلّة، أو بشهادة عدلٍ، أو جماعةٍ غير عدولٍ أَنَّ أهل المحلّة قتلوه. وقال الشافعي: يحلف الولي خمسين يمينًا. قيّد باللوث؛ لأن مذهبه كمدّهنّا عند عدمه.

(ليحكم له بها إن حلف) يعني: عنده: إن حلف الولي خمسين مرّةً على أنّهم قتلوه عمدًا؛ فعليهم القصاص في قولٍ، والدية في قولٍ، وإن حلف أنّهم قتلوه خطأ؛ يحكم له بالدية عليهم.

(وعليهم إن نكلوا) أي: إن لم يحلف الولي استحلّف أهل المحلّة، فإن نكلوا يحكم عليهم بالدية، (وبالبراءة) أو: يحكم له بالبراءة عن الدية (إن حلفوا).

الحاصل: إنَّ خلاف الشافعي في موضعين:

أحدهما: إن المدعي يحلف عنده.

والثاني: إنَّ أهل المحلّة يبرؤون باليمين عنده، وعندنا لا، بل يغمون الدية.

له في تحليف المدعي: إنَّ اليمين تجب على من شهد له الظاهر، ولهذا تجب على المدعي عليه؛ لأن ظاهر اليد شاهد له، والظاهر ههنا شهد للمدعي عند قيام اللوث، ولكن سقط القصاص في العمد؛ لثبوت ضرب شبهة في هذه الحجّة.

ولنا: قوله صلى الله عليه وسلم: «البينة على المدعي، واليمين على من أنكر»³.

وله في براءتهم باليمين: ما روي أَنَّهُ صلى الله عليه وسلم قال لأولياء قتيلٍ وجد بين أظهر اليهود: «يرثكم اليهود بأيمانهم»⁴. ولنا: ما روي أَنَّهُ صلى الله عليه وسلم بدأ بالقسامة باليهود، وجعل الدية عليهم⁵، وما رواه محمود على الإبراء عن القصاص.

(ولا حكموا له بالقود) أي: لولي القتل بالقصاص (إن ادّعى العمد، وحلف مع اللوث) وقال مالك: إذا وجد قتيل في محلّة،

وبه لوث، وحلف الولي خمسين يمينًا، وادّعى العمد؛ يجب قصاصهم؛ لِمَا روي أَنَّهُ صلى الله عليه وسلم قال لأولياء القتل الذي وجد في خيبر: «أتحلفون وتستحقون دم صاحبكم؟»⁶، فقالوا: كيف نحلف على أمرٍ لم نعاينه؟

ولنا: إنَّ اليمين حجّةٌ للذمّ دون الاستحقاق، وإذا لم يستحق المدعي بيمينه المال؛ فأولى أن لا يستحق بها النفس المحترمة،

والاستفهام محمولٌ على الإنكار.

(وإن ادّعى) الولي (على غيرهم) أي: على غير أهل المحلّة؛ (سقطت القسامة عنهم) أي: عن أهل المحلّة؛ لأن غيرهم صاروا

مدعى عليهم، (لا على واحدٍ منهم) أي: لا يسقط القسامة إذا ادّعى الولي على واحدٍ من أهل المحلّة؛ لأن إيجاب القسامة عليهم دليلٌ على كون القاتل منهم، فتعيينه واحدًا منهم لا ينافيه، فصاروا كأنّهم قتلوه تقديرًا حيث لم يمنعوا الظالم عن قتله.

(وشهادتهم على المدعي عليه) أي: شهادة أهل محلّةٍ وجد القتل فيهم على من ادّعى الولي القتل، سواء كان منهم أو من

غيرهم (مردودة) عند أبي حنيفة. وقالوا: مقبولة؛ لأن الولي بإدعائه القتل على غيرهم برؤوا من التهمة، فتقبل شهادتهم.

¹ د - وفي الذخيرة: لو حلفوا...

² د - ليس كما ينبغي...

³ سنن الترمذي، الأحكام 12؛ شرح مشكل الآثار للطحاوي، 328/11؛ السنن الكبرى للبيهقي، 252/10.

⁴ صحيح البخاري، الأدب 89؛ صحيح مسلم، القسامة 1؛ سنن الترمذي، الديات 23.

⁵ شرح مشكل الآثار للطحاوي، 527/11؛ سنن الدارقطني، 392/5-393.

⁶ صحيح البخاري، الجزية 12؛ الأدب 89؛ صحيح مسلم، القسامة 1؛ سنن الترمذي، الديات 23.

وله: إنَّ الخصومةَ كانت متوجَّهةً إليهم، فلا تُقبلُ شهادتهم وإن خرجوا عن الخصومة، كالوكيل بالخصومة إذا شهد بعد العزل، والوصي إذا شهد بعد الخروج عن الوصاية.

(وإذا قال المستحلف) أي: الذي طُلب منه اليمينُ: (قتله فلان؛ استثناءه في يمينه) بأن قال: ما قتلته وما¹ عرفْتُ له قاتلاً

غير فلان.

(وإذا وُجدَ) القتيْلُ (على دأبٍ؛ كانت) الديةُ (على عاقلة السائق) دون أهل المحلَّة؛ لأنه في يده، وكان كالموجود في داره، وكذا القائد. وإن اجتمع فيها السائق والقائد والراكب؛ فالدية على عاقلتهم. ولا يُشترط أن يكونوا مالكيين للدأب، بخلاف الدار، والفرق: أن تدبير الدأب إليهم وإن لم يكونوا مالكيين لها، وتدبير الدار إلى مالكيها وإن لم يكن ساكناً فيها. (أو بين قريتين) أي: لو وجد القتيْلُ بين قريتين (كانت) القسامَةُ (على أقربهما) لما روي أنه صلى الله عليه وسلم أمر بأن يُدرع بين قريتين حين وجد قتيلاً بينهما².

(أو في دار إنسان؛ كانت القسامَةُ عليه) تكرر³ عليه الأيمان؛ لأن الدار في يده، وحفظها إليه. (والدية على عاقلته) لأن نصرته وقوته بهم.

هذا إذا أقرُّوا أن الدار ملكه، وإن أنكره؛ فلا يعقلوا حتى يشهد الشهود أنها ملكه.

(ويشارك) أبو يوسف (بين السكَّان) جمع الساكن، (والملاك) جمع المالك⁴ (في القسامة) والدية بالسوية؛ لاشتراكهم في التزام الحفاظ، ووجود القتل بينهم. (وأخرج السكَّان) لأن ما يكون من الغنم. وهو الشفعة. مختصةً بالملاك، فكذا⁵ ما يكون من الغنم، والسكَّان منتقلون من محلَّة إلى محلَّة، فلا يلتزمون الحفاظ.

(وهي) أي: القسامَةُ (على أهل الخطَّة) عند أبي حنيفة، أي: على الملاك السابقين، والخطَّة مأخوذة من الخطِّ الذي خطَّه السلطان، ويُن لكلي من عسكره المكان. (ولو بقي واحد) «لو» هذه للوصل، أي: لو بقي من أهل الخطَّة⁶ واحد كانت القسامَةُ عليه (دون المشتريين) وإن لم يبق واحد منهم؛ فالقسامَةُ على المشتريين اتفاقاً؛ لعدم المزاحم. (وشاركاً بينهم) أي: قالوا: القسامَةُ مشتركة بين أهل الخطَّة والمشتريين؛ لأن وجوب الضمان يعتمد التَّصبير، وهم فيه سواء.

وله: إنَّ صاحب الخطَّة هو المختصُّ بتدبير المحلَّة، فكان هو المختصُّ بالقسامة والدية، فلا يزاحمه المشتري.

قيل: بنى الحكم أبو حنيفة على ما شاهده بالكوفة من تدبير أهل الخطَّة أمر المحلَّة.

(وإن وجدَ) القتيْلُ (في دارٍ بيعت قبل القبض؛ فهي) أي: الديةُ (على عاقلة من هي) أي: الدار (في يده مطلقاً) أي: سواء كان البيعُ بائناً أو بالخيار. (وقالوا: إن كان بائناً؛ فعلى عاقلة المشتري، وإلا) أي: إن لم يكن البيعُ بائناً (فعاقلة) بالجرِّ عطف على عاقلة، أي: فالدية على عاقلة (من يصيرُ له) أي: يتقرَّر ملك الدار عليه.

لهما: إنَّ ولاية الحفاظ في الشَّرع للمالك، فيعتبر عاقلته.

وله: إنَّ القدرة على الحفاظ إنما يكون باليد؛ لأن المالك غير قادر بدون اليد.

(أو في دار نفسه) أي: إذا وُجدَ قتيْلٌ في دارٍ وهو مالكيها؛ (فهي) أي: القسامَةُ والديةُ (على عاقلته) أي: عاقلة القتيْل لورثته عند أبي حنيفة. (وأهدراه) أي: قالوا: لا شيء عليهم؛ لأنَّها لو وجبت؛ لوجب على مالك الدار؛ لأن القتيْل وُجدَ فيها، ثمَّ انتقلت إلى العاقلة، ووجوبها له عليه ممتنع.

وله: إنَّ القتيْل الموجود في الدار لو كان غير مالكيها؛ لكانت الدية على عاقلة المالك، فكذا إذا وُجدَ المالك نفسه.

¹ د: ولا.

² مسند أحمد بن حنبل، 39/3، 89؛ السنن الكبرى للبيهقي، 126/8 وقال البيهقي: لا يصح.

³ د: فتكرر.

⁴ د: مالك.

⁵ د: وكذا.

⁶ د: المحلَّة.

وفي «الحقائق»: ثُمَّ عنده إنَّما تجب الدية على عاقلة القتل إذا كان عاقلة القتل والوارث واحدًا، فإن اختلفت عواقلهما؛ ينبغي أن تجب الدية على عاقلة الوارث؛ لأن الدارَ وقتَ وجوب الدية ملكُ الوارث، وهو الأصحُّ. ولو وُجدَ المكاتبُ قتيلاً في دار نفسه؛ لا يجب شيءٌ اتفاقاً.

(أو في دار امرأة في مصرٍ خالٍ عن¹ عشيرتها؛ يوجِّها) أي: أبو يوسف القسامة (مع الدية على عاقلتها) وهي أقربُ القبائل إليها في النَّسب؛ لأنَّها ليست من أهل النَّصرة. (وخصَّها) أي: محمدُ المرأةَ (بالقسامة) فيكرز اليمينُ عليها خمسينَ مرَّةً، (والعاقلة بالدية) ظاهرُ هذا اللَّفظُ يوهمُ أن لا تتحمَّلها² المرأةُ مع العاقلة، لكنَّ المتأخرين قالوا: تتحمَّلها في هذه المسألة؛ لأنَّها جعلت قاتلةً، والقاتلةُ تشاركُ العاقلة.

قيَّدَ بالمرأة؛ لأنه لو وُجدَ في دار رجلٍ؛ فالقسامةُ على ربِّ الدار وعلى قومه حضوراً كانوا أو غيباً. من «الحقائق». ويقيَّدُ بخلوِّ المصر عن عشيرتها، وهذا القيَّدُ مذکورٌ في «المنظومة»، وغيرُ مذکورٍ في سائر الكتب؛ لا أعرفُ أنه للاحتراز أو قيَّدُ اتفاقاً.

لمحمد: إنَّ القسامةَ لنفي التُّهمة، وتهمَةُ القتل من المرأة متحقِّقة، ولو كانت الدَّعوى عليها خاصَّةً؛ حلفت، فكذا إذا وُجدَ في دارها.

ولأبي يوسف: إنَّ القسامةَ إنَّما تجبُ على من هو أهل النَّصرة، وهي ليست من أهلها، فصارت كالصبيِّ، بخلاف ما إذا كان الدَّعوى عليها خاصَّةً؛ لأن تلك يمينُ الدَّعوى، وهي يمينٌ واحدة، لا يمينُ القسامة.

(أو في سفينة؛ كانت) القسامةُ (على من فيها) أي: في السفينة (مطلقاً) أي: سواءً كان مالكها أو ساكناً فيها، وهذا على قول أبي يوسف ظاهرٌ؛ لأن السكَّانَ يشتركون الملاك في القسامة عنده، وأمَّا الفرقُ على قولهما؛ فهو أنَّ السفينةَ تنقلُ وتحوَّلُ، فصار المعتمِرُ فيها اليَدُ دون الملك كالدَّابَّة، ولا كذلك الدَّارُ.

(أو في مسجدٍ محلَّةٍ؛ فعلى أهلها) أي: القسامةُ على أهل المحلَّة؛ لأنَّهم أخصُّ بتدبيره، فالقتيلُ فيه كالقتيل في المحلَّة. (أو الجامع) أي: لو وجد القتلُ في المسجد الجامع، (أو الشَّارع) أي: في الطَّريق الأعظم؛ (فلا قسامة) لأنَّ الطريقَ للعامة، ولا يختصُّ به قومٌ، فالتُّهمة معدومةٌ في العامة.

(وتجبُ الديةُ في بيت المال) لأن مالَ بيت المال مالُ عامة المسلمين، ولو وُجدَ في السجن؛ فالقسامةُ على السكَّان فيه عند أبي يوسف، وعندهما: ديتُه في بيت المال.

(أو في وسط الفرات) أي: لو وُجدَ القتلُ في وسطه؛ (أهدرناه كالبرية) أي: كما وُجدَ في البرية البعيدة من العامر، والجامعُ عدُّمُ اليد فيها.

(لا كالمحتبس بالشَّاطئ حيثُ تجب على أقرب القرى منه) أي: من ذلك المكان. يعني: قال زفر: فيما وُجدَ في وسط الفرات القسامةُ على أقرب القرى منه، كما لو وجد محتبساً في طرفه.

وفي ذكر الفرات إشارةً إلى أنَّ الخلافَ في النَّهر العظيم؛ لأنه لو وُجدَ في نهرٍ صغيرٍ. وهو الذي يستحقُّ به الشفعةُ؛ فالقسامةُ على أهله اتفاقاً.

وفي إتيان المقيس عليه من الطرفين في المتن إشارةً إلى تعليلهما، والفرقُ لنا: أنَّ الموجودَ في الوسط جارٍ مع الماء، ولا يدرى من أيِّ مكانٍ انتقل، بخلاف المحتبس؛ لأنه غيرُ منتقلٍ، فاعتبر مكانه.

وفي «الحقائق»: موضعُ الخلاف ما إذا كان موضعُ انبعاث الماء في دار الشَّوك؛ إذ لو كان في دار الإسلام تجبُ الديةُ في بيت المال.

(فصلٌ في المعاقل)

وهي جمعُ معقلٍ، وهي الديةُ، سمَّيتُ بها؛ لأنَّها تعقل³ الدماء من أن تسفك.

¹ د: من.

² ح: يتحملها.

³ د: يعقل.

(وتجبُ على العاقلة) وهم الذين يؤدُّون الدية (كلُّ ديةٍ وجبتُ بنفسِ القتل) وهي ما وجبتُ بشبه العمد والخطأ؛ لِمَا روي أنَّ عمر رضي الله عنه قضى في الخطأ بالدية على العاقلة من غير نكيرٍ من الصحابة، وشبهُ العمد كالخطأ؛ للقصور في الآلة. (ونجعلهم) أي: العاقلة (أهلُ الديوان) وهم الذين لهم رزقٌ في بيت المال، وفي زماننا: هم الجيشُ الذين كُتِبَ أسمايهم في الديوان. (إن كان القاتلُ منهم، لا أهلُ عشيرته) أي: قال الشافعيُّ: العاقلةُ أهلُ العشيرة؛ لِمَا روي أنَّ الدية كانتُ على العشيرة في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم¹، ولا نسَخَ بعده.

ولنا: ما روي أنَّ عمر رضي الله عنه فرض العقلَ على أهلِ الديوان² بمحضِرٍ من الصحابة، ولم ينكِرْ عليه، فانعقد إجماعًا منهم. فإن قيل: كيف يظنُّ الإجماعُ على خلاف ما قضى رسولُ الله صلى الله عليه وسلم؟ قلنا: هذا على وفاقه؛ لأنَّهم عَلِموا أنَّ رسولَ الله صلى الله عليه وسلم إنَّما قضى على العشيرة باعتبارِ النَّصرة، وعمر رضي الله عنه لَمَّا دَوَّنَ الدواوينَ؛ صارتِ النَّصرةُ بالديوان، وإن كان القاتلُ غازيًا؛ فعاقلته من ريزقٍ من ديوانهم، وإن كان³ كاتبًا؛ فعاقلته من ريزقٍ من ديوان الكتاب إذا كانوا يتناصرون، فلا يكون نسَخًا، حتى إذا كان تناصرهم اليوم بالحرف؛ فعاقلته أهلُ حرفته، أو بالحلف؛ فعاقلته حلفاؤه. قال بعضُ المتأخرين: لا عاقلةٌ للعجم؛ لأنَّهم لم يحفظوا أنسابهم ولا يتناصرون، والعاقلةُ جاء في حقِّ العرب، وهو مختارُ الفقيه أبي جعفر، وبه يفتي الإمامُ ظهيرُ الدين. كذا في «الخلاصة».

(فيؤخذُ من عطايهم) أي: من وظائفهم (في ثلاث سنين) من يوم القضاء؛ لِمَا حكى عن عمر رضي الله عنه هكذا. وإذا وجب جميعُ الدية في ثلاث سنين؛ فكلُّ ثلثٍ منها يكون في سنة. (سواءً خرجتُ) عطايهم (في أقلِّ) من ثلاث سنين (أو أكثرَ) لأن وجوبها في العطاء للتخفيف، فهو حاصلٌ في أيِّ وقتٍ كان، والعطاءُ كان يخرجُ في كلِّ سنةٍ مرَّةً.

هذا إذا كان العطايا للسنين المستقبلية بعد القضاء، حتى لو اجتمعت في السنين الماضية قبل القضاء بالدية، ثُمَّ خرجتُ بعد القضاء؛ لا يؤخذُ منها؛ لأن الوجوب بالقضاء. ولو خرج عطايا ثلاث سنين مستقبلية في سنة واحدة؛ يؤخذُ منها كلُّ الدية. (وإلا؛ عَقَلَهُ قَبِيلَتَهُ) أي: إن لم يكن القاتلُ من أهلِ الديون؛ فعاقلته قبيلته، وهي عصبته من النسب؛ لِمَا روي أنه أوجب الدية على عصابة القاتل⁴. (تقسَّمُ) أي: تقسَّمُ الديةُ (عليهم في ثلاث سنين، لا يزداد الواحدُ على أربعة دراهم) في ثلاث سنين، (ويُنْقَصُ منها) أي: من الأربعة.

(ويصمُّ إليهم أقربُ القبائل) من غيرهم (نسبًا إن لم يتسَّعْ لذلك) أي: القبيلةُ للديَّة تخفيفًا.

(ويؤدِّي القاتلُ كأحدِهم) فلا يزدادُ على القاتل من أربعة دراهم في ثلاثِ.

ومن لا عاقلة له؛ ففي ظاهر الرواية: تجب في بيت المال؛ لأنه لو مات عن غير وارثٍ؛ يرثه بيتُ المال، وإذا جنى يغرمه؛ لأن الغنم بالغرم، وعن أبي حنيفة: تجبُ الديةُ في ماله؛ لأن الأصلُ أن تجب في مال الجاني، إلا أنَّنا عدَلنا عن الأصل تخفيفًا عليه، فإذا لم يكن له عاقلة؛ عاد إلى الأصل.

(ولا يعقلُ صبيٌّ) لأنه ليس من أهل التبرُّع، (ولا امرأةٌ) لأنها ليست من أهل النَّصرة، (ولا كافرٌ عن مسلمٍ، ولا بالعكس) أي: لا يعقلُ مسلمٌ عن كافرٍ؛ لعدم التناصر، والكافرُ يعقلُ بعضهم بعضًا. وإذا لم يكن للذميِّ عاقلةٌ؛ فالديةُ في ماله في ثلاث سنين. (ويعقلُ قبيلةُ المولى عن المعتق) يعني: عاقلةُ المعتق قبيلةُ مولاه؛ لأن النَّصرةَ بهم، (والقبيلةُ) أي: تعقلُ⁵ قبيلةُ مولى الموالاة، (والمولى عن مولى الموالاة) لوجود التناصر بعقد الولاء.

(ولا يعقلُ العاقلةُ جنايةَ عبدٍ، ولا صلحًا) أي: لا تؤدِّي العاقلةُ ما لزم بالصلح. (ولا ما لزمَ باعتراف الجاني، إلا أن يصدِّقوه) أي: العاقلةُ المقرِّ، فإذا صدَّقوه؛ فقد رضوا به، فيلزمهم برضاهم. (ولا ما نقص) أي: لا يعقل ما كان ناقصًا (عن خمسين دينارًا) بل

¹ الميسوط للسرخسي، 110/26.

² الأصل للشيباني، 382/9.

³ ح - كان.

⁴ صحيح مسلم، القسامة 37؛ سنن أبي داود، الديات 19؛ سنن النسائي، القسامة 41.

⁵ ح: يعقل.

يكون في مال الجاني؛ لِمَا روي عن النبي صلى الله عليه وسلم: «لا تعقلُ العاقلةُ عمدًا، ولا عبدًا¹، ولا صلحًا، ولا اعتراقًا، ولا ما دون أَرشِ الموضحة»²، وأرشها نصفُ عشرِ الدية، وهو خمسون دينارًا. والله أعلم³.

(كتاب الحدود)

وهو جمعُ حدٍّ، وهو في اللُّغة: المنع، ولهذا سَمِيَ البَوَّابُ حدادًا؛ لمنعه الناسَ من الدُّخولِ.
وفي الشَّرْع: عقوبةٌ مقدَّرةٌ واجبةٌ حقًا لله تعالى. فلا يسمَّى التعزيرُ حدًّا؛ لأنه غيرُ مقدَّرٍ، ولا القصاصُ؛ لأنه حقُّ العبد، ولهذا صحَّ عفوُه والاعتياضُ عنه.

والحدودُ إنّما شرعتْ جزئًا للأنفسِ الشَّهوانيةِ عن شهواتها الغيرِ المشروعة؛ ليبقى العالمُ على نظامِ العدلِ.
(إذا زنا رجلًا بامرأةٍ بأن وطئها في القُبُل) أي: في فرجها، لا في دبرها، (في غيرِ ملكٍ وشبهته) أي: شبهة الملك بأن يظنَّها امرأته، ولو قال: إذا زنى مكلفٌ في قُبُلِ المشتهاةِ في غيرِ ملكٍ وشبهته عن طوعٍ؛ لكان أتمًّا؛ ليخرجَ به وطءُ المجنون ووطءُ الصغيرةِ الغيرِ المشتهاةِ والميتة؛ لأن كلَّ ذلك لا يوجب الحدَّ.

(فشهد عليه أو عليها أربعة رجالٍ) بالزَّنا؛ لقوله تعالى: ﴿وَاللَّائِي يَأْتِيَنَّ الْأَفَاحِشَةَ مِنْ نِسَائِكُمْ فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِنْكُمْ﴾ [النساء، 15/4].

(وتشترط اجتماعهم) في مجلسٍ واحدٍ، حتى لو شهدوا متفرقين يحدون حدَّ القذف. وقال الشَّافعيُّ: يصحُّ شهادتهم متفرقين كما في سائرِ الحقوق؛ لإطلاق الآية.

ولنا: قولُ عمر رضي الله عنه: لو جاؤوا مثلَ ربيعةٍ ومضَّر فرادى لجلدتهم.
(فسألهم الإمامُ) أي: إذ شهدوا مجتمعين سألهم (عن ماهيته) بأن يقول: ما الزنا؟ (وكيفيته) كيف زنا؟ لاحتمال وقوعه حالة الإكراه، أو أن يظنُّوا نظرَ العين زنا، كما قال صلى الله عليه وسلم: «العينان تزنيان»⁴. (ومكانه) بأن يقول: أين زنى؟ لاحتمال أن يكون الزَّنا في دار الحرب، (وزمانه) بأن يقول: متى زنى؟ لاحتمال أن يكون في زمانٍ متقدِّمٍ أو في زمانِ الصِّبا، (والمزني بها) بأن يقول: بمن زنى؟ لاحتمال أن تكون أمتُه أو امرأته، أو يكون له شبهةٌ لا يعرفها هو ولا الشهودُ، كوطءِ جاريةِ ابنه.

(فبينوا) أي: الشهود ما سأله الإمامُ، وقالوا: رأينا وطئها (كالميل في المكحلة) وهي بضمّتين: وعاءُ الكحل، (وعدّلوا) أي: الشُّهود (سرًّا وجهرًا) احتيالاً للذَّور، وكيفيةً تعديلهم يأتي في الشهادات إن شاء الله تعالى.

قال بعضُ العلماء: لو قالوا: تعمَّدنا النظرَ إلى موضعِ الزَّنا لا تقبل؛ لإقرارهم على أنفسهم بالفسق؛ لأن النظرَ إلى عورةِ الغيرِ بالقصدِ فسقٌ، ولكننا نقول: يباحُّ لهم النظرُ ضرورةً تحمُّلِ الشَّهادة؛ لأنَّهم ما لم يروا كالميل في المكحلة لا يسعهم أن يشهدوا، وقد قال الله تعالى: ﴿أَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ﴾ [الطلاق، 2/65].

(أو أقرَّ به) أي: بالزَّنا عند القاضي بصريح لفظه بأن قال: نكثُ، وكذلك شهادتهم إنّما يُعتبرُ إذا صرَّحوا بأنَّه زنى، حتى إذا شَهدوا على أنَّه جامعها لا يحدُّ.

(عاقلاً بالغٌ) حصر ثبوت الزنا على البيّنة والإقرار؛ لأن علمَ القاضي ليس بحجَّةٍ في باب الحدودِ الخالصةِ لله.

(واعتبروه) أي: الإقرار (من ذميِّ بدميةٍ) أي: بزناه بها، فيحدُّ به. وقال: مالك: لا يحدُّ.

قيَّد بالإقرار؛ لأنه يحدُّ بشهادة أهل الذمَّة عليه اتِّفاقًا.

وقيَّد بالذمِّية؛ لأن الزَّنا بالمسلمة على وجه الإكراه موجبٌ للقتل؛ لأنه نقضُ العهد عنده.

له: إنَّ قولَ الذمِّي لا يوجبُ على القاضي شيئًا.

ولنا: إنَّه إقرارٌ على نفسه لا تهمةٌ فيه، فيقبل، ووجوبُ الإقامة على القاضي بسبب تقلُّده القضاء، لا بقول الذمِّي.

¹ ح - ولا عبدًا.

² لم نجده مرفوعًا إلا في التجريد للقدوري، 5671/11. وقد روي من قول الشعبي وإبراهيم، انظر: مصنف ابن أبي شيبة، 174/14. وكليهما دون ذكر الموضحة. قال: الزيلعي في نصب الراية 379/4: غريب مرفوعًا والمحفوظ أنه من قول الشعبي. وآخرها مروى مرفوعًا، انظر: مصنف عبد الرزاق، 607-306/9؛ السنن الكبرى للبيهقي، 83/8.

³ د - والله أعلم.

⁴ مسند أحمد بن حنبل، 412/1، 343/2؛ صحيح ابن حبان، 267/10.

⁵ ح - بالقصد.

(أربع مرات) وهو ظرفٌ لقوله: (أقرّ). (في أربعة مجالس من مجالسه) أي¹: مجالس المقرّ. (ولا نكتفي بالمرّة) أي: بإقراره بالزنا مرّةً. وقال الشافعي: يكتفى به؛ لأن الإقرارَ مظهرٌ، وتكراره لا يفيد شيئاً، كما في سائر الحقوق².

ولنا: ما روي أنه صلى الله عليه وسلم أخر إقامة الحدّ على ماعزٍ إلى أن تمّ إقراره أربع مراتٍ في أربعة مجالس³. (فسأل) الحاكم المقرّ (عما تقدّم) أي: عن ماهية الزنا، وكيفيته، ومكانه، وزمانه، والمزني بها. قيل: لا يسأل عن الزمان؛ لأن تقادّم العهد غير مانعٍ في الإقرار، والأصح: أنّه سأله؛ لجواز أنه زنى في صباه. (فبين) المقرّ (حكّم به) أي: الحاكم بالزنا. (ولم يلحقوا بهما) أي: بالإقرار والشهادة (ظهور الحبل) يعني: لم يثبت الزنا بظهور الحبل عندنا. وقال مالك: يثبت به؛ لأن ظهوره من غير زوجٍ دليلٌ على زناها.

ولنا: إن احتمال النكاح الصحيح أو الفاسد قائمٌ، فلا يجب الحدُّ بالشللٍ. (ويقبل رجوعه) أي: رجوع المقرّ عن إقراره بالزنا في أثناء الحدّ أو قبل إقامته، فلا يحدُّ بعده؛ لأن رجوعه خبرٌ محتملٌ للصدق، فيندري الحدُّ بهذه الشبهة. (ويستحب) للإمام (تلقينه إياه) أي: أن يلقنه الرجوع، بأن يقول: لعلك قبلت، أو لمست، أو تزوجت. (ولو أقرّ) بالزنا (بعد القضاء بالبيّنة مرّةً؛ يسقطه) أي: أبو يوسف الحدّ؛ لأن الشهادة لا تُعتبر مع الإقرار، وكذا لا يُعتبر إقراره؛ لعدم كونه أربع مراتٍ. (وأقامه) أي: محمد الحدّ؛ لأن الشهادة بعد القضاء تأكّدت بإقراره.

قيّد بقوله: «بعد القضاء»؛ لأنه لو أقرّ قبل القضاء يسقط اتفاقاً. (ويبدأ الشهود برجم المحصن) وتفسير الإحصان سيأتي قريباً، ورجمته؛ رميه بالحجارة حتى يموت. (ثم الإمام) ثمّ الناس؛ لما روي أنّ عليّاً رضي الله عنه هكذا فعله.

(وتقدّم في الإقرار) يعني: إذا أقرّ المحصن بالزنا يبدأ برجمه الإمام، (ثم الناس). (ويجوز أن يُحفر لها) أي: للمحصنة (في الرجم) لما روي أنّه صلى الله عليه وسلم أمر أن يحفر للغامديّة حفرةً إلى صدرها، ورماها بحصاةٍ مثل الحمصة⁴، وقد كانت أقرت بالزنا، ويرجم المحصن قائماً، والرجم ثبت بالسنة المشهورة، فصار كالتواتر؛ لاتصال القبول به من العلماء، وبهذا الوجه جازت الزيادة على كتاب الله تعالى.

(ويغسل ويكفن ويصلى عليه) لقوله صلى الله عليه وسلم في المرحوم: «اصنعوا به كما تصنعون بموتاكم»⁵. (فإن امتنع الشهود) كلّهم أو بعضهم من ابتداء الرجم (سقط) الحدّ؛ لأنه يدلُّ على الرجوع. (أو غابوا) يعني: لو شهدوا بزنا محصنٍ، ثمّ غابوا (يحكم بإقامته) أي: أبو يوسف بإقامة الحدّ؛ لأن زناه ظهر بالحجة الكاملة. (وهما بانتظارهم) أي: قالوا: لا رجم⁶ حتى يحضر الشهود، ويبدؤوا برجمه؛ ليقام الحدّ على الوجه⁷ المشروع.

وضع في الرجم؛ إذ في الجلد لا يُشترطُ بداية الشهود اتفاقاً. من «الحقائق». (ومنع الناس من الحدّ بقول القاضي ما لم يعاينوه) أي: إذا ثبت زنا محصنٍ بالشهود عند القاضي، فقال للناس: ارحموه؛ لا يرحمونه عند محمّدٍ ما لم يعاينوا الشهود وأداءهم، وبقوله أخذ فقهاء ما وراء النهر؛ لغلبة الفساد على قضاة الزمان، وانتفاء الاعتماد عليهم والائتمان. وقالوا: يرحمونه؛ لأنهم مأمورون بطاعته. ولقد أحسن من فصل بين القضاة: بأنّه إن كان عالماً عادلاً؛ وجب ائتماره من غير تفحصٍ، وإن كان عادلاً جاهلاً؛ يُسأل⁸ عن كفيّة قضائه، فإذا أخبر ما يوافق الشرع يُعمل بقوله، وإن كان ظالماً جاهلاً كان أو عالماً؛ لا يُقبل قوله.

¹ د - مجالسه أي.

² ح - كما في سائر الحقوق.

³ صحيح البخاري، المحاربن 7، 14؛ صحيح مسلم، الحدود 16. وليس فيه ذكر أربع مجالس. وطرده ماعزًا ثلاث مرات يذكر في حديث أخرجه ابن حبان في صحيحه 246/10؛ والحديث مع ذكره في تبين الحقائق للزبيعي، 166/3.

⁴ صحيح مسلم، الحدود 23؛ سنن أبي داود، الحدود 24؛ السنن الكبرى للنسائي، 304/4.

⁵ مصنف عبد الرزاق، 537/3؛ مصنف ابن أبي شيبة، 155/7.

⁶ د: برجم.

⁷ د: الوجه.

⁸ د: سأل.

قال المصنّف في «شرح»: أقول: ويجوز أن يُسأل الثالث عن ثبوت الحكم عنده، فإن وافق حكمه الشرع عمل به، وإلا تركه. إلى هنا كلامه.

وأقول: إذا كان القاضي ظالمًا لا يُعتمدُ على خبره، فكيف يسأل عنه؟ إذ يحتمل أن يُخبرَ خلافَ ما وقع عنده. **(ويُجلدُ الحرُّ مائةً جلدَةً)** لقوله تعالى: ﴿الرَّائِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ﴾ [النور، 2/24]، **(والعبدُ خمسين)** جلدَةً؛ لقوله تعالى في حق الإمام: ﴿فَإِنْ أَتَيْنَ بِفَاحِشَةٍ فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ﴾ [النساء، 25/4]، والمرادُ به الجلدُ؛ لأنَّ الرجمَ لا يتصنّفُ، فإذا ثبت التّصنيفُ في الإمام لمكان الرقي؛ ثبت في العبد بدلالة النصِّ، أو بدخول العبيد بالآية، وتأتي اللُّفْظُ للتَّغليب. **(ولا نجيزُهُ)** أي: جلدُ العبد **(لمولاه بغير إذن الإمام)** وقال الشافعي: يجوز؛ لأنَّ ولايةَ المولى على عبده أكثرُ من ولاية الإمام، فيقيم عليه الحدَّ كالتعزيز.

ولنا: قوله صلى الله عليه وسلم: «أربعٌ إلى الولاية: الحدودُ، والصدقاتُ، والفيءُ، والجمعاتُ»². اعلم أنَّ الخلافَ فيما إذا كان المولى ممن يملك إقامة الحدِّ بتقلد القضاء، حتى لو كان مكاتبًا أو ذميًّا أو امرأة؛ لا³ يقيم الحدَّ اتِّفَاقًا.

(وينزَعُ عنه) أي: عن المحدود **(ثيابه)** غير ما يستر العورة، **(والفروُّ والحشُو)** وهو الثوبُ المخيطُ بالقطن **(عن المرأة)** لأنَّ الفروَّ والحشوَّ مانعان عن وصول الألم الزاجر.

(ويقرُّقُ) الضربُ **(على أعضائه)** لأنَّ كلَّ عضوٍ نال اللدَّةَ منه، فيعطى حظُّه من الضرب. **(قائمًا)** لِمَا روي أنَّ عليًّا رضي الله عنه ضرب الرجال في الحدود قيامًا، والنساءَ قعودًا. **(بسوطٍ لا ثمره له)** أي: لا غصنَ له ولا عقدةً، **(ضربًا متوسطًا)** وهو المؤلمُ الغيرُ الجراح. **(ويحترزُ عن الوجه)** لأنَّ ضربه يزيلُ الحسنَ، وهو إتلافٌ حكميٌّ، **(والفرجُ والرأسُ)** لأنَّ ضربه متلفٌ.

(ويأمرُ بضربه) أي: أبو يوسف بضرب رأسه **(سوطًا)** واحدًا في آخر الحدِّ. وقالوا: لا يضرُّه. له: قولُ أبي بكرٍ للجلاّد: اضرب الرأسَ، فإنَّ فيه شيطانًا.

ولهما: قولُ عمر رضي الله عنه: إياك أن تضربَ الرأسَ والفرجَ، وحديثُ أبي بكرٍ نقلُ أنَّه كان في مفسدٍ ساعٍ مستحقٍّ للهلاك. **(ولا يُجمعُ بين الجلد والرجم)** في المحصن؛ لأنَّ النبيَّ صلى الله عليه وسلم لم يجمع بينهما⁴، **(ولا نجمُ بين الجلد والنفي حدًّا)** وقال الشافعي: يغرِّبُه عامًّا على أنَّه من الحدِّ؛ لِمَا روي أنَّه صلى الله عليه وسلم قال: «الزاني عليه جلدٌ مائةٌ وتغريبٌ عامٌّ»⁵.

ولنا: قوله تعالى: ﴿الرَّائِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا﴾ [النور، 2/24]، جعل الحدَّ كلَّ الموجب؛ لأنَّه قرَّنه بالفاء، ولو كان النفي حدًّا؛ لكان الجلدُ بعضَ الموجب، فيكون نسخًا.

قَيَّدَ بقوله: «حدًّا»؛ لأنَّ النفي بطريق البياسة جائزٌ عندنا إن رأى الإمام فيه مصلحةً، ولا يختصُّ ذلك بالزنا؛ لما روي أنه صلى الله عليه وسلم نفى المَحْتَثَ⁶، وعمرُ نفى غلامًا صبيحًا يفتتنُ به الرجالُ والنساءُ، فقال الغلامُ: ما ذنبي يا أمير المؤمنين؟ فقال: لا ذنبُ لك، وإنَّما الذنبُ لي حيثُ لا أظهر دار الهجرة منك⁷.

وفي «النهاية»: يحتملُ أن يراد من التغريب في الحديث: الحبسُ كما قال الشاعرُ:

ومن يكُ أمسى بالمدينة رحلهُ ❀ فإتي وقبارُ بها لغريبُ

¹ د: أمر.

² لم نجده إلا في المسوط للسرخسي، 81/9. قال: الزيلعي في نصب الراية 326/3: غريب؛ وقال: ابن حجر في الدراية (99/2): لم أجده. وقد روى ابن أبي شيبة في مصنفه عن الحسن قوله 441/14: أربعة إلى السلطان: الزكاة، والصلاة، والحدود، والقضاء.

³ د: فلا.

⁴ لم نجده بهذا اللفظ، وفعل النبي كذلك في قصة العسيف وماعز، انظر: صحيح البخاري، الأحكام 21؛ المحارِبين، 24؛ صحيح مسلم، الحدود 17، 25. وهناك حديث آخر أخرجه أبو داود من حديث جابر أن رجلاً زنى فأمر به النبي صلى الله عليه وسلم فجلد الحد، ثم أخبر أنه محصن فأمر به فرجم، وهذا ضعيف

الإسناد، انظر: سنن أبي داود، الحدود 25

⁵ صحيح البخاري، الشهادات 8؛ المحارِبين 17؛ صحيح مسلم، الحدود 25، بمعناه.

⁶ صحيح البخاري، النكاح 112؛ المحارِبين 18؛ صحيح مسلم، السلام 32.

⁷ المسبوط للسرخسي، 45/9.

أي: لمحجوس.

(ويرجم المريض) المحصن؛ لأن الإِتلاف كان مستحقاً عليه، فلم يكن المرضُ مانعاً، (ويؤخَّرُ جلده) إلى أن يبرأ من مرضه؛ لأن جلده قد يفضي إلى الهلاك، ولهذا لا تُقطع يدُ السارق في غاية الحرِّ والبرد؛ لإفضائه إلى الهلاك.
(وجلدُ الحامل) أي: إذا زنت الحامل، وكان حدُّها الجلد؛ يؤخَّرُ جلدها (حتى تتعالى) أي: تخرج (من نفاسها) لأن ذلك نوعٌ مرضي، فيؤخَّرُ إلى زمان البرء. (ورجمها) أي: يؤخَّرُ رجمُ الحامل (حتى تضع) حملها؛ لأن الولدَ نفسٌ محترمةٌ لا يجوز إهلاؤه. (والتأخيرُ) أي: تأخيرُ رجم الحامل (إلى استغناء الولد) أي: إلى أن يستغني ولدها عنها (لعدم المربي) أي: إذا لم يوجد من تقوم¹ بتربيته (روايةٌ) عن أبي حنيفة؛ لما روي أنه صلى الله عليه وسلم قال للغامدية بعدما وضعت: «ارجعي حتى يستغني ولدك»².
(وتشترطُ الإسلامُ في الإحصان) وقال الشافعي: ليس بشرطٍ³؛ لما روي أنه صلى الله عليه وسلم رجم يهوديين قد زنيا⁴.
ولنا: قوله صلى الله عليه وسلم: «من أشرك بالله فليس بمحصن»⁵، ورجمهُ صلى الله عليه وسلم كان بحكم التوراة⁶ قبل نزول آية الجلد، ثم نسخ.

(مضافاً) أي: حال كون الإسلام منضماً (إلى الحرِّية والبلوغ والعقل) وهذه الأوصافُ شرطٌ اتِّفاقاً. إنَّما شرط الحرِّية؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «لا تحصنُ الحرُّ الأمة، ولا العبدُ الحرَّ»⁷. وشرط العقل والبلوغ؛ لأن المحصنَ إنَّما يكون أهلاً للعقوبة بهما.
(والدخول بزوجه في نكاح صحيح) إنَّما شرط الدخول؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «الثيب بالثيب جلدٌ مائةٍ ورجمٌ بالحجارة»⁸.

قيَّد بالثيابة، وهي إنَّما تحصل بالدخول؛ معناه: جلدٌ مائة إن لم يكونا محصنين، ورجمٌ بالحجارة إن كانا محصنين، والمعتبرُ في الدخول⁹: إيلاج الحشفة في القبل، لا الإنزال.

(وهما محصنان) الجملةُ حاليةٌ، أي: وهما على صفة الإحصان من الحرِّية والبلوغ والعقل حالة الدخول. وإنَّما شرط ذلك؛ لأن هذه النعمة يتكامل به؛ إذ الطبعُ ينفُر عن صحبة المجنونة والصغيرة والمملوكة والكافرة.

(ويحكم به) أي: أبو يوسف بإحصان الزوج (لإسلامها بعده) أي: بعد الدخول. وقالوا: لا يثبت إحصانُه. له: إنَّ الرغبةَ وافرَةً وبوطء البالغة العاقلة، فيكون النعمة متكاملةً.

ولهما: قوله صلى الله عليه وسلم لحذيفة وقد تزوج ذميَّة: «دعها، فإنَّها لا تحصنُك»¹⁰.

(وأثبتناه) أي: الإحصان (برجلٍ وامرأتين) وقال زفر: لا يثبتُ بشهادة¹¹ المرأة احتيالاً للذَّء؛ لأن الإحصانَ شرطٌ في معنى العلة؛ لأنه يوجب تغليظَ الجناية، فتلحقُ بالعلَّة، وهو الزنا في اشتراط الذُّكورة.

ولنا: إنَّه عبارةٌ عن أوصافٍ جميلة، فيكون شرطاً وعلامةً لأهليَّة الزاني للرجم¹²، ولا أثرٌ لذلك في العقوبة، فالحكمُ لا يُضافُ إلى الأهلية، فكذا إلى شرطها.

1 - من تقوم.

2 لم أجد هذا اللفظ، وقد روي بلفظ: «أذهبي فأرضعيه حتى تظطمي»، انظر: صحيح مسلم، الحدود 23؛ سنن أبي داود، الحدود 24.

3 د: شرط.

4 سنن أبي داود، الحدود 25؛ مسند أبي عوانة، 143/4.

5 سنن الدارقطني، 178/4؛ السنن الكبرى للبيهقي، 216/8.

6 سنن أبي داود، الحدود 25؛ مسند أبي عوانة، 143/4.

7 لم نجد مرفوعاً إلا في مجمع الأنهر لشيخ زاده، 589/1. وقد وري عن الحسن قوله في مصنف ابن أبي شيبة، 516/14؛ وعن الحسن وإبراهيم وابن المسيب موقوفاً في مصنف عبد الرزاق، 307/7.

8 صحيح مسلم، الحدود 12؛ سنن أبي داود، الحدود 23؛ سنن الترمذي، الحدود 8.

9 ح: بالدخول.

10 مصنف ابن أبي شيبة، 518/14؛ المعجم الكبير للطبراني، 103/19؛ سنن الدارقطني، 180/4؛ وخطاب النبي فيه لكعب بن مالك. وذكر حذيفة السرخسي في المبسوط، 147/5، رغم ذكره الحصان كعب بن مالك في شرح مختصر الطحاوي، 153/6.

11 د: شهادة.

12 د: الرجم.

(ولو قالوا: دخل بها) أي: بمنكوحته المسلمة العاقلة البالغة نكاحًا صحيحًا، (فهى) أي: تلك الشهادة (مقبولة) عند أبي حنيفة، والإحصان ثابت بها (كالجماع) أي: كما يثبت الإحصان إذا شهدوا بأنه جامعها اتفاقًا. (وخالفه) محمد، وقال: لا يثبت إذا شهدوا بالدخول بها؛ لأنه يعبر به عن الوطء والدخول للزيارة، فلا يثبت بالمحتمل ما هو شرط الحد. ولأبي حنيفة: إنَّ الدخول في المنكوحه إنما يُستعمل في الوطء إذا استعمل بالباء، وأما الدخول للزيارة؛ فيُستعمل¹ بـ«على»، يقال: دخل عليها.

(وإذا شهدوا بحد) أي: بما يوجب كالزنا والسرقة (متقادم) أي: في زمانٍ سابقٍ، وحدُّ التقادم مقدَّر بستة أشهرٍ، وإليه أشار في «الجامع الصغير»، وعند أبي حنيفة: هو مفوّضٌ إلى رأي الإمام، وعند صاحبيه: مقدَّرٌ بشهرٍ، وهو روايةٌ عنه، وهذا هو الأصح. وحدُّ التقادم في الشُّرب كذلك عند محمد، وعندهما: مقدَّرٌ بزوال الرائحة كما يأتي في موضعه. (لا لبُعدهم) عن الإمام (ردت) شهادتهم؛ لأن تأخيرهم إن كان للسُّتر؛ فالإقدام على الشهادة بعده يكون عن عداوةٍ، وإن كان لا للسُّتر؛ صاروا فاسقين بالتأخير، فلا تُقبل، بخلاف الإقرار حيث يُقبلُ عندنا وإن تقادم؛ إذ لا تهمة منه؛ إذ المرء لا يتهم على نفسه، وزفرٌ قاس الإقرار بالشهود في عدم الوجوب بالتقادم، والشافعي قاس الشهادة بالإقرار في الوجوب، ونحن فضلنا بينهما. وأما إذا كان المانع عن شهادة الفور يُعدهم عن الإمام مسيرة شهرٍ مثلاً؛ تقبلُ شهادتهم.

(إلا في القذف) يعني: تقادمُ القذف غيرُ مانعٍ عن حدِّه؛ لأن فيه حقَّ العبد، وهو دفعُ العار عنه، والتقادمُ غيرُ مانعٍ في حقوق العبد. وأما التقادمُ في السرقة؛ فلا يمنعُ ضمانَ المال؛ لأنه حقُّ العبد، ويمنعُ قطعَ اليد؛ لأنه حقُّ الله تعالى. والتقادمُ كما يمنعُ الشهادة في الابتداء؛ يمنعُ إقامةَ الحدِّ بعد القضاء قبل الإمضاء، كما إذا هرب بعد ضرب بعض الحدِّ، ثم أُجِدَّ بعد تقادم الزمان؛ لا يُقامُ عليه بقیةُ الحدِّ؛ لأن الإمضاء في الحدود من القضاء، بدليل أنَّ شهودَ الزنا إذا ارتدوا بعد القضاء قبل الإمضاء لا يقامُ الحدُّ؛ لتبوت شبهة.

(ويحدون بنقصان² عددهم) لأن كلامهم قذف، وخروجه إلى الشهادة موقوفٌ على إكمال العدد. (ولو جلد، فظهر أحدهم عبداً) أو محدوداً في قذفٍ (حدوا) أي: الشهود؛ لنقصان عددهم. (وأرشُ الضرب الجراح غير واجب) يعني: إذا شهد أربعة على غير محصن بالزنا، فجلده القاضي، فجرحه الجلد؛ فأرشه غير واجب عند أبي حنيفة. (وأوجباه في بيت المال) ومعرفةُ الأرش بأن يَقومَ المحدودُ عبداً سليماً من هذا الأثر وغير سليمٍ، فينظرُ إلى ما بينهما من التَّفاوت.

وكذا الخلاف لو مات من الجلد، فديته هدرٌ عنده، وفي بيت المال عندهما. لهما: إنَّ فعلَ الجلاد ينتقل إلى القاضي، فيجب الضمانُ عليه، إلا أنَّه لا ضمانٌ على القاضي؛ لأنه عاملٌ للمسلمين، فيجب في مالهم، وهو بيتُ المال، كما لو رُجم، فوقع الخطأ في قضائه. وله: إنَّ المستحقَّ بشهادتهم الضربُ المؤلم لا الجراح، والجرحُ إنما لزم من ضعف المحلِّ، ولو وجب الضمانُ به لامتنع الناسُ عن إقامة الحدِّ مخافةً الغرامة؛ إذ التَّمييزُ بين الجراح وغيره متعيّنٌ. وفي «مبسوط فخر الإسلام»: لو قال قائلٌ: يجب الضمانُ على الجلاد؛ فله وجهٌ؛ لأنه كان مأموراً بضرب مؤلمٍ لا جراحٍ، فوقع فعله تعدياً.

(ولو رجعوا بعد الرجم حدناهم) أي: يحدون حدَّ القذف. وقال زفر: لا يحدون. قيّد بالرجوع؛ لأنَّهم لو ظهروا عبيداً لا يحدون اتفاقاً؛ لأنَّهم صاروا قاذفين حياً، ثم مات، والحدُّ لا يورث. وقيّد بقوله: «بعد الرجم»؛ لأنَّهم لو رجعوا قبله يُحدون اتفاقاً. وقيّد بالرجم؛ لأنَّهم لو رجعوا بعد الجلد يحدون اتفاقاً. (وغرموا الدية) اتفاقاً؛ لأن النفس تلفت بشهادتهم. له: إنَّ كلامهم السابق صار بالرجوع قذفاً قبل الرجم، فلا حدُّ؛ لأن من قذف حياً ثم مات المقذوف لا يحدُّ القاذف، وإن جعل قذفاً بعد الرجم؛ فلا حدُّ أيضاً؛ لأن من قذف المرجوم بحكم الحاكم لا يحدُّ.

¹ د: فستعمل.

² د: لنقصان.

ولنا: إنَّ الشهادة انتقضت بالرجوع، فانفسخ ما ابنتى عليه، وهو القضاء، فصاروا كأنهم قذفوا الميت في الحال، فيحذون. (ولا تقتلهم) أي: الشهود الراجعين. وقال الشافعي: يُقتلون. هذا إذا قالوا: تعمدنا، وإن قالوا: أخطأنا؛ غرموا الدية اتِّفَاقًا. له: إنَّهم قاتلون معني؛ لأنَّ القتل وُجِدَ بسببهم، فصاروا كالمكره.

ولنا: إنَّ علةَ القتل هو القضاء، ورجمُ الناس باختيارهم، ومع وجود العلة لا يُضافُ الحكمُ إلى السبب، والقاضي لا يصلح أن يكون آلة للشهود، وكذا الناس، فلا يلزمهم القصاص، ولكنَّهم لكونهم سببًا يضمنون، والمألُّ يجبُ بدليلٍ فيه شبهةٌ.

(أو أحدهم) أي: لو رجع أحدُ شهود الزنا بعد القضاء (قبل الإمضاء) أي: قبل إقامة الحدِّ؛ (حدّه) أي: محمدُ الراجع (وحده. وعمّما) أي: فالأ: حُدُّوا جميعًا، ويسقطُ الحدُّ عن المشهود عليه اتِّفَاقًا للشبهة.

قيدنا بقولنا: «بعد القضاء»؛ لأنه لو رجع قبل القضاء يحذون اتِّفَاقًا.

وقيد بقوله: «قبل الإمضاء»؛ لأنه لو رجمه، ثمَّ رجع؛ حُدَّ الراجع وحده اتِّفَاقًا، وغرم ربع الدية.

له: إنَّ الشهادة تَأَكَّدَتْ بالقضاء، فلم ينفسخ إلا في حقِّ الراجع، كما لو رجع بعد الإمضاء.

ولهما: إنَّ الإمضاء في الحدود ملحقٌ بالقضاء، ولهذا لو سقط إحصانُ المقدوف أو عزل القاضي؛ فالإمضاء ممنوعٌ. ولو رجع أحدهم قبل القضاء يحذون، فكذا لو رجع قبل الإمضاء.

(ولو شهدوا أنه زنى بعمرة، وآخرون بأخرى) أي: وشهد رجال آخرون أنه زنى بامرأةٍ أخرى كعمرة مثلاً، (فرجم، ثمَّ رجعوا) أي: الشهود كلُّهم (ضمنوا) ديته اتِّفَاقًا. (ومنع) محمدٌ (من حدِّهم) وقالوا: يحذون حدَّ القذف.

له: إنَّ رجوع كلِّ فريقٍ لا يصحُّ في حقِّ الآخر في إيجاب الحدِّ عليهم؛ لأنَّ كلاً منهما يُثبتُ زناً غير ما يشته الآخر ضرورةً، فصار كلُّ فريقٍ كأنَّ الفريق الثاني لم يرجع، ولو كان كذلك؛ لم يحدَّ الراجعون، كذا هذا.

ولهما: إنَّ إقرار كلِّ فريقٍ على نفسه صحيحٌ، وكلُّهم بالرجوع أقرُّوا أنَّهم قذفوا عفيفاً، فيحذون، وشهادة الفريقين تنزلت منزلة الشهادة على زنا واحدٍ في حكم الضمان، حتى لو رجع من كلِّ فريقٍ اثنان لم يجب الضمان؛ لبقاء نصاب الشهادة، ولولا قيام الشهادتين مقام الشهادة لضمنوا؛ لأنَّ الباقي من كلِّ فريقٍ ليس بنصابٍ كاملٍ، فكذا في الحدِّ، فصاروا كما لو شهد ثمانية على زنا واحدٍ، فرجم، فرجعوا، فيحذون.

(ومنعناه لاختلافهم) أي: إذا شهد أربعة على زنا رجلٍ، فاختلفوا (في مكانه) أو زمانه، فردَّت شهادتهم؛ لأنَّ اختلاف الفعل المشهود عليه أوزرَّت شبهةً اختلاف المشهود عليه، فلا يحذون عندنا خلافاً لزفر.

له: إنَّ العدد لم يتكامل في كلِّ زنا، فصاروا قاذفين، فيحذون.

ولنا: إنَّ العدد تكامل في أصل الزنا، ولم يتكامل في وصفه، فبالاعتبار الأوَّل قلنا: لا يحدُّ الشهود، وبالاعتبار الثاني: لا يحدُّ المشهود عليه.

اعلم أنَّ ردَّ شهادتهم باختلاف المكان فيما إذا لم يمكن التوفيق، أمَّا إذا أمكنَ بأنَّ شهد اثنان أنه زنى في ناحية بيتٍ، وآخران أنه زنى في ناحيةٍ أخرى منه، والبيت صغيرٌ؛ يقبلُ شهادتهما؛ لاحتمال انتقالهما بالاضطراب، وكذا لو اختلفا في ساعتين من يومٍ متقاربتين بحيث يمكن أن يمتدَّ الزنا إليهما.

فإن قلت: إذا اختلفوا في طوعها وكرهها لا يجب الحدُّ عند أبي حنيفة، فكان ينبغي أن يجب؛ لأنَّ التوفيق ممكنٌ، بأن يكون أوَّلُ الفعل طوعاً وآخره كرهاً.

قلت 1: الإكراه مسقطٌ للحدِّ، سواءً وُجِدَ في أوَّلِهِ أو آخره.

(كما نمنعه عنهم) أي: الحدُّ عن الشهود إذا كانوا (فسقةً) خلافاً للشافعي.

له: إنَّ الفاسق لا شهادة له، فيحذون.

ولنا: إنَّ الفاسق أهلٌ لتحمل الشهادة مع قصور أدائه لتهمة الفسق، فبالاعتبار الأوَّل ثبت شبهةُ الزنا، فيسقطُ إحصانُ المشهود عليه، وبالاعتبار الثاني ثبت شبهةُ عدم الزنا، فيمتنع الحدُّان جميعاً.

¹ د: قلنا.

(ولو شهدوا، فزكوا) أي: إذا شهد أربعة بزنا رجل، فزكاهم المزكون، (فرجم، ثمّ ظهروا) أي: الشهود عبيداً، (أو أحدهم عبداً؛ فالضمان) أي: الدية (على المزكين) عند أبي حنيفة (إن تعمدوا) أي: إن قالوا: غلبنا أنهم عبيد، وتعمدنا بالكذب. (وقالا: في بيت المال).

قيد بتعمدهم؛ لأنهم لو قالوا: أخطأنا؛ فضمانه في بيت المال اتفاقاً؛ لأنهم أخطؤوا فيما عملوا لعامة المسلمين، فصاروا كالقاضي. هذا إذا أخبروا بالحرية، وأما إذا قالوا: هم عدول، فظهروا¹ عبيداً؛ لم يضمنوا اتفاقاً؛ لأن الرق لا ينافي العدالة؛ إذ هي اجتناب المحظورات.

وقيد بقوله: «رجم»؛ لأنه لو قتله رجل عمداً بعد تزكية الشهود، وأمر القاضي برجمه، فظهروا عبيداً؛ فديته في ماله اتفاقاً؛ لأنه عمد، والعاقلة لا يعقل العمد، وكان القياس القصاص؛ لأنه حرّ رأسه، والمأمور به كان الرجم، لكنه سقط؛ لأن القضاء أوزت شبهة الإباحة.

لهما: إن المزكين أثنوا على الشهود خيراً، فلا يضمنون، كما لو أثنوا على المشهود عليه خيراً، بأن شهدوا بإحصانه، ثم رجعوا. وله: إن الشهادة علة للحكم، وهي إنما يصير عاملة بالتزكية؛ لأن بها يرجح جانب صدق الشهود، فكانت التزكية علة العلة، فيضاف الحكم إلى صاحبها، بخلاف شهود الإحصان؛ لأنهم شهود شرط محض، والحكم لا يضاف إلى صاحب شرط، وإنما شرط تعمد؛ لأن هذا الضمان ضمان السبب²، وهو إنما يعتمد على التعدي.

(ولو رجع المزكون) عن تزكيتهم بعد رجم المشهود عليه، وقالوا: إنهم عبيد، فزكناهم عمداً، (عزروا) أي: المزكون اتفاقاً، (وعليهم الضمان) عند أبي حنيفة. وقالوا: لا ضمان عليهم.

هذا إذا قالوا: تعمدنا، وإن قالوا: أخطأنا في التزكية؛ لا يضمنون اتفاقاً.

له: إنهم بمنزلة علة العلة.

ولهما: إنهم شهود الشرط كما مر.

والأصح: أن الدية في هذه المسألة لا تجب في بيت المال؛ لأن خطأ القاضي غير متيقن؛ لجواز كذبهم في الرجوع، وفي المسألة الأولى متيقن؛ لأن أحد الشهود ظهر عبداً، فظهر الفرق بين المسألتين؛ لأن الموجود في الثانية رجوعهم فحسب، ففي الأولى رجوعهم مع ظهور الشهود أو أحدهم عبداً.

(ولو شهدوا به) أي: أربعة بزنا رجل بفلانة، (وشهد آخرون به) أي: بأن الزنا الذي شهدوا به ثابت (على الشهود؛ فالحد غير واجب مطلقاً) أي: لا يحد الشهود الأولون والآخرون عند أبي حنيفة. (وقالا: حد الأولون) حد الزنا، وأما المشهود عليه؛ فلا يحد اتفاقاً؛ لأن شهوده مجروحون.

لهما: إن زنا الأولين ثابت بشهادة الآخرين، فوجب إقامة الحد عليهم كما لو شهدوا ابتداءً.

وله: إن الآخرين شهدوا بأن الزنا الذي شهد به الأولون هو المتحقق منهم، والفعل الواحد لا يتصور من شخصين، وكل من الفريقين يحتمل الصدق والكذب، فأورث ذلك شبهة، فلا يحدون.

(وشهادتهم به) أي: بزنا رجل (مع اختلافهم في طوعها) بأن قال اثنان منهم: إنهما كانت مكروهة، وآخران: إنهما طاعة (مردودة)

عند أبي حنيفة لا يحد الرجل ولا المرأة. (وقالا: يحد الرجل) ولا تحد المرأة؛ لأن شهادة الأربع اجتمعت على زناه طائعا.

وله: إن الشهادة مختلفة؛ لأن الزنا بها وهي طاعة غير الزنا بها وهي مكروهة، فلم يتم النصاب.

(واقرازه به) أي: إقرار الرجل بأنه زنى بهذه المرأة في أربع مجالس (مع إنكارها غير موجب للحد) عند أبي حنيفة. وقالوا:

يجب الحد عليه.

وكذا الخلاف إذا أقرت أنها زنت بهذا الرجل، فأنكر.

وفي «التبيين»: هذا إذا لم يدع المنكر منهما الشبهة، فإن ادعاهما بأن قال: تزوجتها لا يجب الحد على المقر اتفاقاً؛ لأن النكاح يقوم بالطرفين، ودعواه يحتل الصدق.

لهما: إن إقراره على نفسه صحيح وإن لم يصح على المرأة، وصار كما لو أقر بالزنا بغائبة أو بحاضرة، فقالت: استكرهني.

¹ د: وظهروا.

² د: بسبب.

وله: إِنَّهَا لَمَّا أَنْكَرْتُ؛ انْتَفَى مَحَلُّهُ، فَأَوْرَثَ ذَلِكَ شَبَهَةً فِي حَقِّهِ؛ لِأَنَّ الْفِعْلَ لَا يُوْجَدُ بِغَيْرِ مَحَلِّهِ، بِخِلَافِ مَا اسْتَشْهَدَا بِهِ؛ لِأَنَّهَا لَوْ حَضَرَتْ وَأَنْكَرَتْ الزَّانَا، أَوْ ادْعَتْ النِّكَاحَ حَقِيقَةً؛ كَانَ شَبَهَةً؛ لِاحْتِمَالِ صِدْقِهَا، وَاحْتِمَالِ ذَلِكَ يَكُونُ شَبَهَةً الشَّبَهَةِ، فَلَا يَعْتَبَرُ. وَأَمَّا قَوْلُهَا: اسْتَكْرَهَنِي؛ فَبِهِ تَصْدِيقُ لَزَانِهِ، وَدَعْوَى لَزِيَادَةِ وَصْفِ الْإِكْرَاهِ، فَانْتَفَتْ الشَّبَهَةُ فِي حَقِّهِ بِتَصْدِيقِهَا. ثُمَّ إِذَا سَقَطَ الْحُدُّ؛ يَجِبُ الْمَهْرُ تَعْظِيمًا لِأَمْرِ الْبُضْعِ شَرْعًا، وَلَا يُلْتَفَتُ إِلَى تَكْذِيبِهَا.

فِيان قِيلَ: عَلَى هَذَا لِمَ وَجِبَ الْحُدُّ عَلَى قَاذِفِهَا بِهَذَا الْفِعْلِ؟

قُلْنَا: لِنَسْبَتِهَا إِلَى مَا يَتَعَيَّرُ بِهِ وَتَقْضَى بِهِ شَهْوَتُهَا بِالتَّمَكِينِ.

(وَلَا نَحْدُهَا إِذَا أَطَاعَتْ صَبِيًّا أَوْ مَجْنُونًا) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: تَحْدُّ؛ لِأَنَّ الزَّانَا وَجَدَ مِنْهَا، وَسَقُوطُ الْحَدِّ مِنْ جَانِبِهِ لَا يُسْقَطُ الْحُدَّ

عَنْهَا، كَمَا لَوْ زَنَى بِمَجْنُونَةٍ لَا يَسْقَطُ الْحُدُّ عَنْهُ.

وَلَنَا: إِنَّ الْمَبَاشَرَ لِلْفِعْلِ هُوَ الرَّجُلُ، وَالْمَرْأَةُ تَابِعَةٌ لَهُ، بِدَلِيلِ تَصَوُّرِ الْفِعْلِ فِيهَا وَهِيَ نَائِمَةٌ، وَالْفَاعِلُ إِذَا كَانَ زَانِيًا تَصِيرُ هِيَ زَانِيَةً

تَبَعًا لَهُ، وَالزَّانَا مَعْدَمٌ مِنَ الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ لِكُونِهِمَا غَيْرِ مَكْلَفَيْنِ، فَلَا تَصِيرُ هِيَ زَانِيَةً.

(وَلَا إِذَا زَنَى) أَي: لَا يَحْدُّ الرَّجُلُ إِذَا زَنَا (فِي دَارِ الْحَرْبِ، ثُمَّ خَرَجَ إِلَيْنَا) مُسَلِّمًا. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَحْدُّ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا أَسْلَمَ؛ التَّرَمَّ

أَحْكَامَ الْإِسْلَامِ، وَمِنْهَا الْحُدُّ.

وَلَنَا: إِنَّ الزَّانَا فِي دَارِ الْحَرْبِ لَمْ يَنْعَقِدْ مُوجِبًا؛ لِانْقِطَاعِ وِلَايَةِ الْإِمَامِ عَنْهَا، فَلَا يَكُونُ مُوجِبًا بِالتَّنْقَالِ مِنْهَا.

وَفِي «التَّبْيِينِ»: لَوْ غَزَا الْخَلِيفَةُ أَوْ أَمِيرُ مِصْرٍ، فَدَخَلَ دَارَ الْحَرْبِ؛ فَلَهُ أَنْ يَقِيمَ الْحُدَّ عَلَى مَنْ زَنَى فِي عَسْكَرِهِ؛ لِأَنَّ الْعَسْكَرَ

تَحْتَ وِلَايَتِهِ، وَلَا يَقِيمُ عَلَى مَنْ زَنَى فِي خَارِجِهِ؛ لِقَوْلِهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لَا يَقَامُ الْحُدُودُ فِي دَارِ الْحَرْبِ»¹.

وَإِنَّمَا قَيَّدْنَا بِالْخَلِيفَةِ أَوْ أَمِيرِ مِصْرٍ؛ لِأَنَّ أَمِيرَ الْعَسْكَرِ لَا يَقِيمُ الْحُدَّ عَلَى مَنْ زَنَى مِنْهُمْ؛ لِأَنَّ الْمَفْوضَ إِلَيْهِ تَدْبِيرُ الْحَرْبِ، لَا إِقَامَةَ

الْحُدُودِ.

(وَيُحْكَمُ) أَبُو يَوْسُفَ (بِحَدِّ الْمُسْتَأْمَنِ) أَي: بِوُجُوبِ الْحُدُودِ كُلِّهَا، (إِلَّا فِي الْخَمْرِ) أَي: حَدِّ الْخَمْرِ لَا يَجِبُ عَلَيْهِ اتِّفَاقًا؛ لِأَنَّهُ

يَرَاهُ حَلَالًا. (وَعَكْسًا) أَي: قَالَا: لَا تَجِبُ الْحُدُودُ عَلَيْهِ، (إِلَّا فِي الْقَذْفِ) أَي: يَجِبُ حَدُّ الْقَذْفِ عَلَيْهِ اتِّفَاقًا، وَأَمَّا حَدُّ الزَّانَا وَالسَّرْقَةِ؛

فَوَاجِبٌ عِنْدَهُ، وَغَيْرُ وَاجِبٍ عِنْدَهُمَا.

قَيَّدَ بِالْمُسْتَأْمَنِ؛ لِأَنَّ الدَّمِيَّ كَالْمُسْلِمِ اتِّفَاقًا.

لَهُ: إِنَّ الْمُسْتَأْمَنَ مُلْتَرَمٌ أَحْكَامَنَا مَا دَامَ فِي دَارِنَا، وَلِهَذَا يُؤَاخَذُ بِالْقِصَاصِ وَحَدِّ الْقَذْفِ، فُتَقَامُ عَلَيْهِ الْحُدُودُ.

وَلَهُمَا: إِنَّ الْمُسْتَأْمَنَ مَنْ دَخَلَ دَارِنَا لِقَضَاءِ حَاجَتِهِ وَعُودِهِ، وَلَمْ يَلْتَزِمِ أَحْكَامَنَا، وَإِنَّمَا يَقَامُ عَلَيْهِ حَدُّ الْقَذْفِ؛ لِأَنَّهُ التَّرَمَّ أَنْ لَا

يُؤَذِي أَحَدًا مَنَّا، فِإِذَا قَذَفَ مُسَلِّمًا؛ فَقَدْ آذَاهُ.

(وَلَوْ زَنَى مُسْلِمٌ بِمُسْتَأْمَنَةٍ؛ يَحْدُهُمَا) أَي: أَبُو يَوْسُفَ. (وَخَصَّاهُ بِهِ) أَي: قَالَا: يَحْدُّ الْمُسْلِمُ خَاصَّةً.

وَكَذَا الْخِلَافُ إِذَا زَنَى دَمِيًّا بِمُسْتَأْمَنَةٍ.

(أَوْ مُسْتَأْمَنٌ) أَي: لَوْ زَنَى مُسْتَأْمَنٌ (بِمُسْلِمَةٍ؛ يَحْدُهُمَا) أَي: أَبُو يَوْسُفَ. وَدَلَائِلُ هَذِهِ الْمَسْأَلِ مَعْلُومَةٌ مِمَّا سَبَقَ.

وَكَذَا الْخِلَافُ لَوْ زَنَى بِدَمِيَّةٍ.

(وَالْإِمَامُ) أَي: أَبُو حَنِيفَةَ، وَفِيهِ تَوْرِيَّةٌ لِلْإِمَامِ الَّذِي يَقِيمُ الْحُدَّ، (يَخْصُّهَا بِهِ) أَي: الْمُسْلِمَةَ بِالْحَدِّ. (وَمِنْهُ) أَي: قَالَ مُحَمَّدٌ: لَا

تَحْدُّ الْمُسْلِمَةَ أَيْضًا؛ لِأَنَّ فِعْلَ الرَّجُلِ فِي الزَّانَا أَصْلٌ، وَفَعْلُهَا تَبِعٌ، وَإِذَا لَمْ يُوْجِبِ الْأَصْلُ الْحُدَّ لَا يُوْجِبُ التَّبِعُ، فَصَارَ كَتَمَكِينِهَا مِنْ صَبِيٍّ.

وله: إِنَّ الزَّانَا حَرَامٌ فِي كُلِّ الْأَدْيَانِ، وَكَانَتِ الْمَرْأَةُ زَانِيَةً حَقِيقَةً؛ لِتَمَكِينِهَا مِنَ الْوَطْءِ الْحَرَامِ، بِخِلَافِ التَّمَكِينِ مِنَ الصَّبِيِّ؛ لِأَنَّ

فَعْلَهُ لَا يُوْصَفُ بِالْحَرَمَةِ.

(وَلَا يَجِبُ) الْحُدُّ (عَلَى وَاطِيٍّ جَارِيَةٍ وَلَدِهِ وَإِنْ سَفَلَ مَعَ الْعِلْمِ بِحَرَمَتِهِ) لِشَبَهَةِ وَجَدَتْ فِي الْمَحَلِّ، وَالشَّبَهَةُ إِذَا ثَبَتَتْ فِي

الْمَوْطُوعَةِ؛ ثَبَتَ فِيهَا الْمَلِكُ مِنْ وَجْهِ، فَلَمْ يَبْقَ مَعَهُ اسْمُ الزَّانَا، فَلَمْ يَجِبْ مَعَ عِلْمِهِ بِحَرَمَةِ الْوَطْءِ؛ لِقِيَامِ دَلِيلٍ يَدُلُّ عَلَى حِلِّهِ وَإِنْ تَخَلَّفَ هُنَا

لِمَانِعٍ، فَأَوْرَثَ ذَلِكَ شَبَهَةً، وَيُسَمَّى هَذَا النُّوعُ: شَبَهَةَ الْمَحَلِّ، وَالنَّسْبُ يَثْبُتُ² مَعَ هَذِهِ الشَّبَهَةِ عِنْدَ الدَّعْوَةِ؛ لِعَدَمِ كَوْنِهِ زَانًا خَالِصًا، وَهِيَ

تَثْبُتُ فِي مَوَاضِعَ:

¹ لم نجدَه مرفوعًا إلا في المبسوط للسرخسي، 99/9-100. وقد روي عن زيد بن ثابت قوله، السنن الكبرى للبيهقي، 105/9.

² د: ثبت.

منها: وطء الرجل جارية ابنه، ودليل حله: قوله عليه السلام: «أنت ومالك لأبيك»¹. ثم إن حبلت وولدت؛ يثبت² النسب من الأب، ولا يجب العقر؛ لتملكه إياها بالقيمة سابقاً على الوطاء، وإن لم تحبل؛ فعليه العقر؛ لأن التملك ثمة لصيانة مائه عن الضياع، ولا حاجة ههنا، فلا يثبت الملك.

ومنها: وطء مطلقته البائن، والدليل فيه: أن بعض الصحابة جعل الكنايات رجعيةً، ومنهم عمر رضي الله عنه.
ومنها: وطء المولى الجارية المبيعة أو الممهوراً قبل التسليم، والدليل فيه³ أنها في يده وضمانه، ويعود إلى ملكه بالهلاك، وكذا وطء المبيعة بالبيع الفاسد قبل التسليم أو بعده أو بشرط الخيار؛ لأن له فيها حق الملك.
ومنها: وطء جارية مكاتبه وعنده المأذون المستغرق بالدين؛ لأن له حقاً في كسبه.
ومنها: وطء الجارية المشتركة؛ لأن ملكه في البعض ثابت حقيقةً.
ومنها: وطء المرتهن المرهونة في رواية؛ لأن سبب الملك انعقد⁴ له، ولهذا عند هلاكها يكون مستوفياً لدينه، فصارت كالمشترأة بشرط الخيار للبائع.

(ونفينا عنه) أي: الحدد عن الزاني (في جارية أصوله) أي: في وطء جارية أبيه وأمه وجدته وجدته وإن علوا (مع ظن الحان) أي: إن ظن أن وطئها حلال لم يحد عندنا. وقال زفر: يحد.

قيّد بظن الحان؛ لأنه لو قال: علمت أنه حرام؛ يحد اتفاقاً.
له: إن وطء حرام في محل خال عن الملك وشبهته، فلا يفيد تأويله الفاسد، كما لو⁵ وطئ جارية أخيه.
ولنا: قوله عليه السلام: «ادروا الحدود بالشبهات»⁶، وفيه نوع من الشبهة حيث ظن غير الدليل دليلاً، فاعتبر ظنه شبهةً، ويسمى هذا: شبهة في الفعل، فيسقط بها الحد، لكن لا يثبت النسب بالدعوة في هذا النوع؛ لأنه زنا محض، لكن المطلقة الثالثة من هذا النوع يثبت فيها النسب؛ لأن وطئها بشبهة العقد، فيكفي ذلك لإثبات النسب.

(كجارية زوجته) أي: كما إذا وطئ جارية زوجته، (وسيده) أي: كما إذا وطئ العبد جارية مولاه، (ومعتدته) أي: كما لو وطئ معتدته (عن ثلاث) أي: عن ثلاث طلاقات يسقط⁷ الحد إن قال: ظننت الحان، (ويجب) الحد في هذا النوع (للعلم بالحرمة) أي: إذا قال: علمت أنها حرام⁸.

وسبب الشبهة في هذا النوع⁹: أن المباشرة جارية بين الولد والوالدين، والزوج والزوجة¹⁰، والعبد والمولى، بحيث ينتفع كل منهم بمال الآخر عادةً، فإذا ظن أن وطء الجوازي من قبيل الاستخدام، واشتبه عليه الحال؛ يكون معذوراً. وأما شبهته في المطلقة ثلاثاً؛ فباعتبار أن بعض الأحكام كالنفقة والسكنى وثبوت النسب وحرمة أختها وأربعة سواها باقي فيها¹¹، وظن حلها، وهذا النوع يثبت في مواضع:

منها: ما سبق كجارية¹² زوجته.

ومنها: المطلقة على مال؛ لأنها كالمطلقة ثلاثاً.

¹ سنن ابن ماجه، التجارات 64؛ مسند أحمد بن حنبل، 2/204.

² د: ثبت.

³ د: عنده.

⁴ د - انعقد.

⁵ د: إذا.

⁶ لم نجد هذا اللفظ إلا في التجريد للقدوري، 5167/10؛ ومسند أبي حنيفة للحصكفي، رقم 4. وقد روي بالفاظ متقاربة، انظر: سنن ابن ماجه، الحدود 5، ولفظه: «ادفعوا الحد ما وجدتم له مدفعاً». والسنن الكبرى للبيهقي، 238/8 ولفظه: «ادروا الحدود عن المسلمين ما استطعتم».

⁷ د: فيسقط.

⁸ د: علمت حرمة.

⁹ د: الفرع.

¹⁰ د: والزوجة والزوج.

¹¹ د - فيها.

¹² د: جارية.

ومنها: أمٌ ولده إذا أعتقها لسبب اشتباه بقاء أثر الفراش فيها¹، وهي العدة.
ومنها: الجارية المرهونة في حق المرتهن على رواية، وهي الأصح؛ لأن الوطاء يصادف العين، والرهن لم يُفد ملك العين حقيقةً،
ولهذا لو مات؛ فكفنه على الراهن، وإنما يتصور الاستيفاء من معناها لا من عينها.

(وفي جارية العم والأخ) أي: يجب الحد في وطاء جارية أختيه أو عمه (مطلقاً) أي: سواءً قال: ظننتُ الحلَّ أو لا؛ إذ البسوطُ
في مالهما منعدمة عادةً، ولهذا شهادة أحدهما للآخر مقبولة.

فإن قيل: إذا سرق مأل أخيه لا يقطع² لشبهته، فلم لم يجعل هذا كالسرقة؟
قلنا: لأن الأخ يدخل بيت الأخ من غير استئذان، فلم يتحقق هناك الحرز، وأما ههنا؛ فالحدُّ دائرٌ مع الملك أو العقد، ولم
يوجد الحلُّ ولا شبهته، فيجب الحدُّ.

(ولا حد في وطاء من زُفَّت إليه غير امرأته) أي: إذا أتى رجلٌ ليلة الزفاف بغير منكوحته، (فأخبر أنها امرأته) فوطئها لا يجب
الحدُّ؛ لأن المرأة لا يميِّز بين زوجته وغيرها في أول الوصلة، والإخبار في موضع الاشتباه دليلٌ شرعيٌّ، فصار معتمداً على دليلٍ شرعيٍّ،
ولهذا قلنا: يثبت نسبه منها وإن كانت³ شبهةً في الفعل دفعاً لضرر الغرور عنه، (ويجب المهز) أي: مهز المثل؛ لأن علياً رضي الله عنه
قضى بذلك.

(ولو وجد امرأة على فراشه، فوطئها؛ حد) وإن قال: ظننتُ أنها امرأتي؛ لأن ظنه لم يستند على دليلٍ؛ إذ الرجل لا يشتبه عليه⁴
امرأته بعدما أَلْفَهَا، وإن كان أعمى، فدعا امرأته، فأجابته أجنبيةً، فقالت: أنا امرأتك، فوطئها؛ لا يحدُّ؛ لأن ظنه استند إلى دليلٍ شرعيٍّ،
وهو الإخبار، ولو لم تقل: أنا امرأتك، فوطئها؛ يُحدُّ.

(وواطئ محرمة) كأخته وخالته، وهو مبتدأ خبره قوله: «يعزرون». (بعد العقد) أي: بعد نكاحها (والعلم) أي: بعد العلم بأنّها
أخته.

ويُعد بالعلم؛ لأنه لو قال: ظننتُ أنها تحلُّ لي لا يجب الحدُّ اتفاقاً. من «الحقائق».
(والمستأجرة للزنا) أي: وطاء المرأة التي استأجرها ليزني بها، (واللائط) وهو معطوفٌ على قوله: «وواطئ»، وكذا قوله: (ومن
أتى امرأة في الموضع المكروه) أي: في دُبرها (يعزرون) في هذه المسائل الأربع عند أبي حنيفة. (وقالا: يحدون).
ويُعد بقوله: «بعد العقد»؛ لأنه لو وطاء قبله يحدُّ اتفاقاً.

ويُعد بقوله: «والعلم»؛ لأنه لو وطاء بلا علمٍ لا يعزُر عنده كما لا يحدُّ.
ويُعد بالاستئجار؛ لأنه لو زنى بها وأعطاه مائلاً، ولم يشترط شيئاً؛ يحدُّ اتفاقاً.
وفي «الحقائق»: لو قال: أمهرتك لأزني بك؛ لا يحدُّ اتفاقاً.
ويُعد بقوله: «للزنا»؛ لأنه لو استأجرها للخدمة، ثمَّ جامعها؛ يحدُّ اتفاقاً.
وأراد باللائط: من صدر منه اللواطُ بالأجنبيِّ؛ لأنه لو فعل ذلك بعبدته لا يحدُّ اتفاقاً.
وفي «الروضة»: لو وطاء امرأة في الموضع المكروه منها يحدُّ اتفاقاً. وفي «الحقائق»: الأصحُّ: أن هذا على الخلاف.
وفي قوله: «أتى امرأة» إشارةٌ إلى أنه لو فعل هكذا بمنكوحته أو أمته لا يحدُّ اتفاقاً.

لهما في المسألة الأولى: إنَّ الشرع أخرج المحارمَ من محلِّية النكاح، فصار العقدُ فيهنَّ لغواً.
وفي الثانية: إنَّ الإجارة عقدٌ على محض المنفعة، والمستوفى بالوطء في معنى جزء العين، ولهذا اشترط التأييدُ في النكاح كبيع
العين، فلا يكون⁶ منافع البضع محلاً للإجارة، فصار عقدُ الإجارة فيها كعدمه.

1 د: بها.

2 ح: تقطع.

3 د: كان.

4 ح: إليه.

5 د: بعد.

6 د - يكون.

وفي الثالثة: إنَّ الصحابة أجمعوا على حدِّه، لكنَّهم اختلفوا في وجوهه، قال بعضهم: يحبسَان في أتنن المواضع حتى يموتا، وقال بعضهم: يُهدمُ عليهما الجدار، وقال أبو بكر الوراق: يحرِّقُ بالنار، وقال علي رضي الله عنه: حدُّه حدُّ الزنا؛ لأنه مثله، فيرجمُ إن كان محصناً، وإلا فيجلدُ.

وفي الرابعة: الدليل كما في الثالثة.

وله في الأولى: إنَّ المحرمَّ محلُّ النكاح باعتبار أنَّ المقصود منه التنازل، وكلُّ أنثى من بنات آدم قابلة له، ومحليُّه النكاح وإن انتفت عن¹ المحارم للدليل، لكن بقيت شبهتها كما في نكاح المتعة والنكاح بغير شهود ووطء أخته وهي أخته من الرضاع، فيندرى بها الحدُّ.

وفي الثانية: ما روي أنَّ امرأة استسقت راعياً لبناً، فأبى أن يسقيها حتى تمكَّنه من نفسها، ففعلت، ثمَّ رفع الأمر إلى عمر رضي الله عنه، فدرأ الحدَّ عنهما، وقال: ذلك مهرها، وصار كالمتعة.

وفي الثالثة والرابعة: إنَّ الزنا قضاء الشهوة في محلِّ محرَّمٍ مشتبه على الكمال باعتبار الميل من الجانبين، وفي اللواطة الميل من المفعول معدومٌ إذا كان سليم الطبع، فلا يكون زناً، ولو كانت زناً لما اختلفوا في موجبها؛ لأن موجب الزنا معدومٌ، وهو الجلد أو الرجم.

فإن قيل: إذا زنا بالغٌ بصبيبةٍ يجب الحدُّ على البالغ، مع أنَّ الميل معدومٌ² من جانبها.

قلنا: أصل الداعي فيها موجودٌ، ولهذا يظهر بعد زمانٍ، ولا كذلك الصبي، فيجب التعزير في هذه المسائل؛ لأنه ارتكب جريمةً، وما روي عن³ الصحابة؛ فمحمولٌ على السببية.

(ومن وطئ أجنبيَّة فيما دون الفرج) أي: في غير السيلين كالتبطين والتفخيد، (أو أتى بهيمةً عزَّز) اتفاقاً: أما في الأولى؛ فالأنثى أتى أمراً منكراً ليس فيه حدُّ. وأما في الثانية؛ فالأنثى طبع⁴ السليم ينفر عنه، فلا يكون جنابةً كاملةً، والإيلاج فيها بمنزلة الإيلاج في الكوز، ولهذا لا ينتقض طهارته من غير إنزال، ولا يجب سترُ فرج البهيمه، ولكن يعزُّز؛ لارتكابه ما لا يحلُّ، وما روي أنه عليه السلام قال: «من أتى بهيمةً فاقتلوه»⁵؛ فمؤولٌ بالمستحلِّ.

(أو صغيرة) أي: لو وطئ صغيرةً (مشتهاةً بشبهة، أو كبيرةً) أي: لو وطئ كبيرةً (مستكرهةً) أي: غير مطاوعة، (فأفضاها) أي: صير مسللك البول والغائط واحداً بحيث لا يستمسك البول، (فوجبت الدية) لتفويت جنس المنفعة، وهي في ماله؛ لأنه شبهة العمد، وفيه تجب الدية في ماله فيما دون النفس، (أوجب العقر) أي: محمداً مهر المثل (أيضاً) أي: كإيجاب الدية. وقالوا: لا يجب العقر، وأما الحدُّ؛ فلا يجب اتفاقاً.

قيَّد بقوله: «مشتهاة»؛ لأنَّها لو لم تكن مشتهاةً؛ فلها المهرُ كاملاً اتفاقاً، ولا حدُّ عليه، وإن لم يدع الشبهة؛ لتمكُّن القصور في معنى الزنا.

وقيَّد بقوله: «بشبهته»؛ لأنه لو وطئ صغيرةً مشتهاةً من غير دعوى الشبهة؛ فعليه الحدُّ لا عليها، ولا مهرُ اتفاقاً؛ لوجود الحدِّ. وقيَّد بقوله: «مستكرهة»؛ لأنَّها⁶ لو كانت كبيرةً مطاوعةً مع دعوى الشبهة؛ فلا يحدُّ، ويجب العقر، وإن كان من غير دعوى الشبهة؛ فعليهما الحدُّ، ولا عقر، ولا شيء لها في الإفضاء في صورتين؛ لرضائها به.

وقيَّدنا الإفضاء بعدم الاستمسك بقرينة وجوب الدية فيه؛ إذ لو كانت مفضاةً مستمسكةً بولها ضمَّن ثلث الدية؛ لأنه في معنى الجائفة، ويجب معه العقرُ اتفاقاً.

وفي «الحقائق» وضع في الزنا؛ إذ لو أفضى زوجته لا يدخل المهر في الدية؛ لأنه وجب بالعقد.

له: إنَّ سبب الدية الإفضاء، وسبب العقر إتلافُ منفعة العضو، فييجابُ أحدهما لا ينفي الآخر، كما إذا استمسكت البول.

¹ د: من.

² د: منعدم.

³ ح: من.

⁴ د: طبع.

⁵ سنن أبي داود، الحدود 29؛ سنن ابن ماجه، الحدود 13.

⁶ د: لأنه.

ولهما: إنَّ الديةَ ضمانٌ كلِّ العضو، والمهرَ ضمانٌ جزئٍ منه، وضمانُ الجزءِ يدخلُ في ضمانِ الكلِّ إذا كانا في عضوٍ واحدٍ، كما إذا قطع أصبعُ إنسانٍ، ثُمَّ قطع كفه قبل البرء؛ يدخلُ أرشُ الأصبعِ في أرشِ الكفِّ؛ ولو وجب العقرُ مع ضمانِ العضو كاملاً؛ لزم تكرارُ الموجبِ عن شيءٍ واحدٍ، بخلاف ما إذا استمسكت البولُ؛ لأنَّ الواجبَ في مقابلةِ الإفضاءِ ضمانُ الجائفةِ، لا ضمانُ العضو.

(ولا نجتمعُ العقرُ مع الحدِّ في المستكرهه) يعني: إذا أكره امرأةٌ على الزنا، فزنى بها؛ فعليه الحدُّ فقط. وقال الشافعيُّ: عليه العقرُ أيضاً؛ لأنه عوضٌ ما استوفاه بالوطءِ بغير رضاها، وهو بمنزلةِ جزءِ العين، والحدُّ جزاءٌ فعله، فإيجابُ أحدهما لا يمنعُ الآخرَ، كما إذا أتلَفَ صيداً مملوكاً في الحرم.

ولنا: إنَّما أوجبنا العقرَ عند سقوط الحدِّ؛ لئلا يخلو الزنا عن غرامةٍ ماليةٍ، أو عقوبةٍ بدنيةٍ، وههنا لكنا وجب الحدُّ لا يجب العقرُ؛ لأنَّ الوطءَ إتلافٌ منافع البضعِ حقيقةً، وهي غيرُ مضمونةٍ عندنا.

(ويُسقطُ) أبو يوسف (الحدُّ عمن زنى بجاريةٍ، فقتلها به) أي: بفعل الزنا، **(فوجبَ قيمتها)** وقالوا: لا يسقطُ عنه الحدُّ. **(أو اشتراها)** هذا معطوفٌ على قوله: «فقتلها»، أي: على هذا الخلاف إذا زنى بجاريةٍ ثُمَّ اشتراها، **(أو نكحها)** أي: زنى بها، ثُمَّ نكحها **(أو كانت جنثٌ عليه قبله)** أي: إذا زنى بجاريةٍ جنثٌ عليه قبل الزنا، **(فدفعَتْ إليه بعده)** أي: إلى الزَّاني بعد الزنا بسبب الجنائية، ففي هذه المسائل يسقطُ الحدُّ عنده خلافاً لهما.

قَيِّدُ بالجارية؛ لأنه لو زنى بالحرَّة، فقتلها به؛ يجب الحدُّ مع الديةِ اتِّفاقاً؛ لأنَّ الحرَّةَ لا تملكُ بالضمان. وفي «الحقائق»: وضع هكذا؛ إذ لو زنت حرَّةٌ بعددٍ، ثُمَّ اشترته؛ تحدُّ اتِّفاقاً. وقَيِّدُ بدفعها؛ لأنَّ المولى لو فداها بعد الجنائية؛ يجب عليه الحدُّ اتِّفاقاً. وعلى هذا الخلاف لو زنى بها، ثُمَّ غضبها وضمن قيمتها، وأمَّا لو غضبها، ثُمَّ زنى بها، ثُمَّ ضمن قيمتها؛ فلا حدٌّ عليه اتِّفاقاً. له: إنَّ عروضَ سبب الملك من ضمانِ قيمتها أو شرائها أو نكاحها أو دفعها إليه بعد وجوب الحدِّ قبل إقامته كعروضه قبل وجوبه، فيسقطُ عنه الحدُّ، كما إذا ملك السارقُ المسروقَ قبل القطع.

ولهما: إنَّ هذا الضمانَ ضمانٌ قتلٍ، وهو بمقابلةِ الآدميةِ، وهي لا تقبلُ الملكَ، ولهذا وجبت على العاقلة، ولو كان ضمانٌ ملكٍ؛ لكنا وجبتُ عليهم، ولو سلِّمَ فإنَّما يستفيدُ الملكَ في حقِّ القائم، وهو العينُ، لا في حقِّ المعدوم، وهو المستوفى بمنافع البضع، وكان ما استوفاه منها حراماً، فلا يسقطُ الحدُّ بملك العين بعده، ولا نسلمُ أنَّ اعتراضَ الملكِ قبل إقامة الحدِّ يوجب سقوطَ الحدِّ، وإنَّما سقط في السرقة؛ لانتهاء الخصومة، وهي شرطٌ فيه، لا في حد الزنا.

(وأسقطناه) أي: الحدَّ **(عن المكره)** على الزنا. وقال زفر: يحدُّ؛ لأنَّ انتشارَ آتته دلٌّ على اختياره، فانتفى الإكراه.

ولنا: إنَّ انتشارها كما يقع طوعاً؛ فقد يقع طبعاً، كما في حقِّ النائم، فيندري الحدُّ بهذه الشبهة.

(فصلٌ في حدِّ الشرب)

(يحدُّ شاربُ الخمرِ طوعاً) قَيِّدُ به؛ لأنَّ شربه كرهاً يمنعُ وجوبَ الحدِّ.

(بعد الإفافة) قَيِّدُ به؛ لأنه إذا كان في السكرِ لا يفيدُ الضربَ فائدته من الإيلام ولحوق العار.

(إذا أخذَ وريحها موجوداً) وهذه الجملةُ الاسميَّةُ حالٌ. **(إلا أن ينقطع)** ريحها **(لبُعْد المسافة)** يعني: إذا أخذَ وريحها يوجد فيه، فانقطع قبل أن ينتهوا به إلى الإمام لبُعْد المسافة؛ يحدُّ.

(وألغى اشتراطه) أي: قال محمدٌ: وجودُ الريح ليس بشرطٍ في إثبات شربه بالبينة أو بالإقرار في إقامة الحدِّ عليه إذا لم يتقدم بشهرٍ. وقالوا: شرطٌ، حتى لا يُقبلُ الشهادةُ على شربه والإقرار به، ولا يقامُ عليه الحدُّ إذا لم يوجد ريحها في فمه.

له: إطلاقُ قوله صلى الله عليه وسلم: «من شرب الخمرَ فاجلدوه»¹.

ولهما: إنَّ الإقرارَ بالزنا إنَّما أُكِّدَ بأمرٍ زائدٍ، فيؤكِّدُ هذا الإقرارَ ببقاء الأثر قياساً عليه، وما روي عن ابن مسعود رضي الله عنه أنَّه قال فيمن أقرَّ بشرب الخمر: استنكوهه، فإن وجدتم رائحةَ الخمرِ فاجلدوه، وما رواه عالمٌ حُصَّ منه موضعُ الإكراه، فيعارضه القياسُ.

(ولا يثبتُ به) أي: بشرب الخمرِ بشمِّ ريحها في فيه؛ لأنَّ الرائحةَ قد تكونُ من غيرها، كما قال الشَّاعرُ:

يقولون لي: إنَّك شربتَ مداماً ❁ فقلت لهم: لا، بل أكلتُ سفرجلاً

¹ سنن أبي داود، الحدود 36؛ سنن الترمذي، الحدود 15.

(بل بشهادة رجلين) قيّد بهما؛ لأنه لا يثبت بشهادة امرأتين مع رجل؛ لثبوت الشبهة في شهادتهنّ، والحدّ يندرى بها.
(أو بإقراره) أي: أو يثبت بإقرار الشارب. (ويعتبره) أي: أبو يوسف الإقرار (موتين) للاحتياط، كما ضعف عدد الشهادة في الزنا. (واكتفيا بمرة) لأن التكرار في الإقرار غير مفيد كما في القذف والقصاص، وإنما يثبت التضعيف في الزنا على خلاف القياس، فلا يتعدى مورد النصّ.

(ونحدّ السكران من درديها) يعني: من شرب درديّ الخمر إنّما يُحدّ عندنا إذا سكر به، (لا من شربه) أي: قال الشافعيّ: يحدّ من شربه وإن لم يسكّر؛ لأن الحدّ يجب بشرب قطرة من الخمر، والدرديّ مشتمل على عينها.
ولنا: إنّ الغالب على الدرديّ التفلّ، فصار كالمغلوب بالماء، فلا يحدّ شاربه ما لم يسكّر منه.
(والسكران: من لا يفرّق بين السماء والأرض) عند أبي حنيفة في حقّ إيجاب الحدّ على من سكر من غير الخمر؛ لأن الحدّ عقوبة، فيعتبر في سببه نهاية السكر احتياليّاً للدّء، ونهايته أن يسلب عنه التميّز. (وقالا: من يختلط كلامه) لأنه هو المتعارف، وعن عليّ رضي الله عنه أنه قال: إذا سكر هذى. (ويختار للفتوى).
اعلم أنّ الخلاف في حقّ الحدّ، وأما في حقّ الحرمة؛ فقوله كقولهما أخذاً بالاحتياط، حتى إنّ القدح الذي هذى عقيبه يكون حرماً اتّفاقاً.

(ولا يحدّ بإقراره فيه) أي: السكران إذا أقرّ بالزنا أو غيره في سكره لا يكون إقراراً موجباً للحدّ؛ لأن السكران لا يثبت على شيء، فأقيم سكره مقام الرجوع، (إلا بحدّ القذف) أي: إذا أقرّ بما يوجب حدّ القذف والقصاص أو غيرهما مما فيه حقّ العبد في السكر يحدّ؛ لأنه لا يحتمل الرجوع.
قيّد بإقراره؛ لأنه إذا زنى أو سرق أو شرب في حالة السُّكر يجب عليه الحدّ؛ لأن الفعل لا يحتمل الكذب. هذا إذا سكر بالمحرّم، وأما إذا سكر بالمباح؛ لا تعتبر تصرفاته؛ لأنه بمنزلة الإغماء.
(ونوجب ثمانين جلدَةً في الحرّ، لا أربعين) أي: قال الشافعيّ: حدّ الشرب أربعون؛ لما روي عن عليّ رضي الله عنه أنّه أمر أن يضرب شارب الخمر أربعين.

ولنا: ما روي أنّ النبيّ صلى الله عليه وسلم جلده بنعلين أربعين¹، وكلّ نعلٍ سوطٌ، فكان ثمانين، وعن عليّ رضي الله عنه أنّه قال: ثمانون، فأثّق عليه الصحابة، وما رواه كان بنعلين أو بجريدتين.
(ويجب نصفها) وهو عشرون عنده، وأربعون عندنا (في العبد) لما روي أنّ عمر وعثمان رضي الله عنهما جلدا عبدهما في الخمر نصف الحدّ².

(ويستوفى) الحدّ (كما مرّ) في حدّ الزنا من تجريد الثياب³، وتفريق الجلد على أعضائه.

(ولو أقرّ) بالشرب، (ثم رجّع؛ لم يحدّ) لأن حدّ الشرب خالص حقّ الله، فيعمل الرجوع فيه كسائر الحدود.

(فصل) في الأشربة

(ويحرّم الخمر عصير العنب) وهو بالرفع عطف بيان، (إذا غلا واشتدّ) أي: صلح للسُّكر بها؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «حرمت الخمر لعينها»⁴، وعليه إجماع الصحابة.

(وقدّف الزّيد شرط) عند أبي حنيفة في كون العصير خمراً. وقالوا: ليس بشرط؛ لأن تغطية العقل تحصل بالاشتداد.

وله: إنّ الغليان بداية الشدّة، وكما لها بقذف الزّيد.

وقيل: يحرم بمجرد الاشتداد احتياطاً، ويحدّ به إذا قذف الزّيد احتياليّاً للدرء.

وفي «الحقائق»: أخذ بقولهما أبو حفص الكبير، وقال: لا تأثير للقذف بالزّيد في إحداث السُّكر، بل يرقّ به ويصفو.

(والعصير) أي: يحرم العصير (إذا طُبّخ، فذهب أقلّ من ثلثيه، ونقيع الرطب) وهو النبيّ من مائه، (والزبيب إذا غلا واشتدّ)

لكنّ حرمة هذه الثلاثة دون حرمة الخمر حتى لا يكفّر مستحلّها؛ لأن حرمة الخمر قطعاً، وحرمة الثلاثة اجتهاديّة.

¹ سنن الترمذي، الحدود 14؛ مسند أحمد بن حنبل، 32/3، 67.

² ح: الحر.

³ د: ثياه.

⁴ لم نجد مرفوعاً إلا في المبسوط، 3/24، 15. وقد روي عن ابن عباس قوله، انظر: سنن النسائي، الأشربة 8؛ مصنف ابن أبي شيبة، 264/12.

(ونجيز تخليل الخمر مطلقاً) أي: سواءً كان بخلط شيءٍ أو بنقلها إلى الشمس. وقال الشافعي: يكره تخليلها؛ لورود الأمر باجتنابها، وفي تخليلها قربانها.

ولنا: إنَّ في هذا الاقتراب إزالة الخمرية عنها، فلا يكره، كما لو اقترب منها لقصد الإراقة، والجامع دفع الفساد. (ولا يحلها) أي: الخمر (الطبخ) لأنه إنَّما يجعل مانعاً من الحرمة لا رافعاً لها، لكن لا يحدُّ بمجرد شرب مطبوخها، بل بالسكر

منه.

(وبيع غيرها) أي: غير الخمر من الأشربة (جانز) عند أبي حنيفة. وقالوا: لا يجوز؛ لأنه مسكر كالخمر. وله: إنَّه مالٌ متقومٌ لا يكفرُ مستحلُّه، فيجوزُ بيعه.

(ويحلُّ شرب ما لا يسكر) بالفعل (مما طبخ من نبيذ التمر والزبيب أدنى طبخ وإن اشتد، ومن عصير العنب إذا ذهب ثلثاه لغير لهو، وما يتخذ من العسل والتين والحبوب من غير طبخ. وحرّمها) أي: محمد الأشربة المذكورة (مطلقاً) أي: سواءً طبخ أو لم يطبخ، أسكر بالفعل أو لم يسكر؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «كلُّ مسكرٍ حرامٌ»¹، وقوله صلى الله عليه وسلم: «ما أسكر كثيره وقليله حرامٌ»².

ولهما: قوله صلى الله عليه وسلم: «حرمت الخمر لعينها»³، والمسكر من كلِّ شرابٍ، وتخصيصه المسكر بالتحريم من غير الخمر يدلُّ على أنه ليس كالخمر.

والفتوى في زماننا على قول محمد.

(ويحدُّ للسكر منها) أي: من جميع الأشربة من غير تفصيل (في الصحيح) لأن السكر متى حصل؛ استلزم المفساد، فيجب عليه الحدُّ قطعاً لمادة الفساد أو تقليلاً لها، والحدُّ إنَّما شرع لذلك.

(ولا بأس بالخلطين) أي: بالمخلوط من ماء التمر والزبيب إذا لم يشتد. وقال مالك وأحمد: لا يجوز شرب الخلطين وإن لم يشتد؛ لورود النهي.

ولنا: إنَّ ما حلَّ مفرداً يصحُّ مخلوطاً، وما ورد من التَّهْيِ؛ فمحمولٌ على الاشتداد.

(وبالانتباز في الدُّبَاءِ) أي: اتِّخَاذ النِّبْدِ، وهو بالتشديد والمد: القرغ اليابس. (والحنتم) وهو جمع حنتمة، وهي الجرة الخضراء، (والمزقت) أي: في الإناء المطبوع بالزفت، (والتقير) إذا لم يشتد، وما ورد من التَّهْيِ عن الانتباز في هذه الظروف؛ فمنسوخ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «انتبذوا في كلِّ إناء»⁴، فإنَّ الظروف لا يحرم شيئاً.

(فصل) في حدِّ القذف

وهو في الشرع: الرمي بالزنا.

(يحدُّ الحرُّ قاذفُ المسلم الحرِّ البالغ العاقل العفيف) أي: العاري عن الزنا (بصريح الزنا) وهو متعلِّق بقوله: «قاذف». قيّد به؛ لأنه لو قذفه بلفظ آخر كالجماع والمباذعة حراماً ونحوهما لا يحدُّ.

(ثمانين سوطاً) لقوله⁵ تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَزُمُونَ الْمِحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَبْوَابِ شَهَادَةٍ فَجَاءُوا بِأَبْوَابِ شَهَادَةٍ فَجَاءُوا بِأَبْوَابِ شَهَادَةٍ﴾ [النور، 4/24]، والمراد به: الرمي بالزنا إجمالاً، والنص وإن ورد في المحصنات، لكنَّ الحكم في المحصنين كذلك؛ لأن هذا الحدُّ لدفع العار من المقدوف، وهو يشملهما.

قيّد المقدوف بالأوصاف المذكورة؛ لأن العار إنَّما يلحق بمن اتَّصف بها.

(إذا طلبه) أي: المقدوف الحدُّ.

قيّد بطلبه؛ لأنه هو المنتفع به من حيث دفع العار عنه لا بُدَّ أن يكون الطلب بالقول، حتى لو قذف الأخرس، وطلبه بالإشارة؛ لا يجب الحدُّ.

¹ صحيح البخاري، الأدب 80؛ صحيح مسلم، الأشربة 64.

² سنن أبي داود، الأشربة 5؛ سنن الترمذي، الأشربة 3؛ سنن ابن ماجه، الأشربة 10.

³ لم نجده مرفوعاً إلا في المبسوط، 3/24، 15. وقد روي عن ابن عباس قوله، انظر: سنن النسائي، الأشربة 8؛ مصنف ابن أبي شيبة، 264/12.

⁴ الآثار للشيباني، 313/2. وأخرج أوله في مسند أحمد بن حنبل، 355/5؛ مصنف عبد الرزاق، 569/3، وفيه كلمة «وعاء» مكان «إناء».

⁵ ح: كقوله.

(والعبد أربعين) أي: يحُدُّ العبدُ أربعين؛ لِمَا مرَّ من أنَّ جزاءه نصفُ جزاء الحرِّ.
 (ويُنزَعُ عنه) أي: عن القاذفِ (الفرُّو والحشُّو) لأنَّ إبقاءهما مانعٌ من وصول الألم، ولا ينزَعُ عنه ثيابه إظهارًا للتخفيف؛ لأنَّ سببه غيرٌ متيقِّن؛ لاحتمال أن يكون القاذفُ صادقًا. (ويفرَّقُ عليه) أي: على بدنه الحدُّ كيلا يهلك.
 (ولو رجع عن إقراره) بالقذفِ (لم يقبل) رجوعه؛ لِمَا فيه من إبطال حقِّ المقدوف، ويكتفى في إقراره بالمرَّة¹ كما في سائر الحقوق.

(ويطالبُ للميت من يقع القذخُ في نسبه بقذفه) وهو ولدُه، كما إذا قال: يا ابن الزانية وأُمُّه ميتةٌ؛ فله طلبُ الحدِّ؛ لأنَّ القذخَ تناوله معنى، والعارُ لِحَقِّ به من جهة فساد نسبه.

(ونعَلَبُ حقَّ الشرع) يعني: في حدِّ القذفِ حقَّان: حقُّ الشرع من حيث إنَّه شرع لإخلاء العالم عن الفساد، وحقُّ العبد من حيث إنَّه هو المنتفعُ باندفاع العار عنه، والغالبُ حقُّ الشرع عندنا، ولهذا لا يستحلفُ فيه القاذفُ، وحقُّ العبد عند الشافعي، ولهذا لا يبطل بالرجوع عن الإقرار.

له: إنَّه محتاجٌ، وصاحبُ الشرع غنيٌّ.

ولنا: إنَّ الجمعَ بينهما ممكنٌ²، فيدخلُ حقُّ العبد في حقِّ الشرع، ويكون مرعيًا معه، وإنَّما لم ينعكس؛ لأنَّ ما للعبد من الحقِّ يتولاه مولاه، ولا ولاية للعبد في استيفاء حقِّ الشرع، وإنَّما يستوفيه من هو نائبُ الشرع، ولا نيابة ههنا.

(فلا نورثه) هذا مع ما عَطِفَ عليه تفرُّيع للخلاف السابق، يعني: إذا قذفَ غيره، فمات المقدوفُ؛ يبطلُ الحدُّ عندنا؛ لأنَّ الإرث لا يجري في حقوق الله، ولا يبطل عنده بجريان الإرث في حقِّ العبد.

(ولا نجزي العفو عنه) أي: عن حدِّ القذفِ، (ولا الاعتياضُ عنه) أي: أخذ العوض عن الحدِّ؛ لأنَّ العفو وأخذ العوض لا يجريان في حقِّ الشرع، ويجوز عنده؛ لأنَّهما يجريان في حقِّ العبد. ولو عفي عن المقدوفُ؛ لا يحُدُّ القاذفُ، لا لصحَّة عفوهِ، بل لترك طلبه، حتى لو عاد وطلب يحدُّ.

(ولا عدم التداخل) أي: لو قذفَ واحدٌ جماعةً بكلمةٍ واحدةٍ أو بكلماتٍ متفرقةٍ يتداخلُ عندنا؛ لكونه حقَّ الله، فيحدُّ حدًّا واحدًا، ولا يتداخلُ عنده؛ لكونه حقَّ العبد. حكى أنَّ ابنَ أبي ليلى كان قاضيًا بالكوفةَ سمع رجلاً عند باب المسجد يقول لرجل: يا ابن الزانية، فقال: خذوه، فأخذوه، وأدخلوه في المسجد، فضربه حدَّين ثمانين ثمانين، فأخبر أبو حنيفة بذلك، فقال: عجبًا من قاضي بلدنا أخطأ في مسألةٍ في خمسة مواضع:

1- أنَّه حدَّ بلا خصومة المقدوف⁴.

2- أنَّ الحدَّ الواحد كان كافيًا.

3- أنَّه قد والى بين الحدَّين، وكان ينبغي أن يفصلَ بينهما بيومٍ أو أكثر حتى يخفَّ أثر الضرب الأول.

4- أنَّه حدَّ في المسجد، وقد قال صلى الله عليه وسلم: «جئبوا مساجدكم إقامة حدودكم»⁵.

5- أنَّه كان ينبغي أن يعرف أنَّ الوالدين حيَّان أو ميتان، فإن كانا حيَّين؛ فالخصومة إليهما، وإن كانا ميتين؛ فالخصومة إلى

الابن.

(وأجزنا طلبُ الابن الكافر والعبد بقذف الأب) يعني: إذا كان المقدوفُ محصنًا؛ جاز لابنه الكافر وابنه العبد أن يطلبَ حدَّ

القاذفِ عندنا. وقال زفر: لا يجوزُ.

هذا إذا كان المقدوفُ ميتًا؛ لأنه إذا كان حيًّا ليس لغيره طلبُ حدِّ قذفه. كذا في «الإيضاح».

له: إنَّ القاذفَ لو قذفَ الابنَ الكافرَ والعبدَ ابتداءً؛ لِمَا حدَّ القاذفُ؛ لعدم إحصان المقدوف، فكذا إذا تناوله القذفُ معنى.

¹ د: المرة.

² ح: يمكن.

³ د: ولا.

⁴ د + به.

⁵ سنن ابن ماجه، المساجد 5؛ مصنف ابن أبي شيبة؛ 497/14.

ولنا: إنَّ التَّعْيِيرَ عَلَى الكَمَالِ يَثْبُتُ لِلْمَقْدُوفِ الْمُحْصَنِ، فَلَمَّا قَامَ الْإِبْنُ الْكَافِرُ أَوْ الْعَبْدُ مُقَامَهُ فِي الطَّلَبِ بِسَبَبِ لِحُوقِ الْعَارِ إِلَيْهِ؛ اعْتَبِرَ فِي الْفِرْعِ صِفَةُ الْأَصْلِ، وَهُوَ التَّعْيِيرُ عَلَى الكَمَالِ، كَمَا أَنَّ التَّرَابَ قَامَ مُقَامَ الْمَاءِ وَسَقَطَ وَصْفُ التَّرَابِ، وَاتَّصَفَ بِصِفَةِ الْأَصْلِ، وَهُوَ التَّطَهُّرُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَذَفَ نَفْسَ الْإِبْنِ الْكَافِرِ أَوْ الْعَبْدِ؛ لِأَنَّ التَّعْيِيرَ عَلَى الكَمَالِ مُنْعَدَّمٌ فِيهِ؛ لِفَقْدِ الْإِحْصَانِ فِي الْمَقْدُوفِ.

(وَوَلِدُ الْوَالِدِ) بِالْجَزْرِ مَعْطُوفٌ عَلَى «الْإِبْنِ»، أَي¹: أَجْزَنَّا طَلَبَ وَلَدِ الْوَالِدِ (بِقَذْفِ الْجَدِّ) يَعْنِي: إِذَا لَمْ يَطْلُبْ وَلَدَ الْمَقْدُوفِ مِنَ الْمَيِّتِ الْحَدِّ؛ فَلَوْلَدُ وَلَدِهِ أَنْ يَطْلُبَ الْحَدَّ (مَعَ وُجُودِ أَبِيهِ) عِنْدَنَا. وَقَالَ زُفَرٌ: لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ²؛ لِأَنَّ الْعَارَ إِنَّمَا يَلْحَقُ بِالْأَقْرَبِ، فَبِوُجُودِهِ لَا خِصُومَةَ كَمَا فِي الْكِفَاءَةِ.

ولنا: إنَّ حَقَّ طَلَبِ الْحَدِّ بِاعْتِبَارِ لِحُوقِ الْعَارِ، وَالْوَالِدُ وَوَلَدُهُ فِيهِ سَوَاءٌ، بِخِلَافِ الْكِفَاءَةِ، فَإِنَّ حَقَّ طَلَبِهَا بِاعْتِبَارِ الْوَالِيَةِ، وَلَا وَالِيَةَ لِلْأَبْعَدِ مَعَ وُجُودِ الْأَقْرَبِ.

(وَمَنْعُ ابْنِ الْبِنْتِ) يَعْنِي: لَيْسَ لَوْلَدِ بِنْتِ الْمَقْدُوفِ أَنْ يَطْلُبَ الْحَدَّ عِنْدَ مُحَمَّدٍ، وَلَهُ ذَلِكَ عِنْدَهُمَا.

لَهُ: إِنَّهُ مَنْسُوبٌ إِلَى أَبِيهِ لَا إِلَى أُمِّهِ، فَلَا يَلْحَقُهُ الشَّيْنُ بِزَنَاءِ أَبِي أُمِّهِ.

ولهما: إِنَّ الشَّيْنَ يَلْحَقُ لِكُلِّ مَنْ يَنْتَمِي إِلَى الْمَيِّتِ؛ لِأَنَّ وَلَدَ الْبِنْتِ لَا يَبْقَى كَرِيمَ الطَّرْفَيْنِ إِذَا كَانَ أَبُو أُمِّهِ زَانِيًا، وَلِهَذَا لَوْ قَذَفَ أُمُّهُ؛ فَلَهُ حَقُّ الْمَطَالَبَةِ بِاعْتِبَارِ انْتِمَائِهِ إِلَيْهَا وَإِنْ كَانَ النِّسْبُ إِلَى الْآبَاءِ.

(وَلَا يَطْلُبُ الْعَبْدُ مَوْلَاهُ وَلَا الْإِبْنُ أَبَاهُ بِقَذْفِ أُمِّهِ الْحَرَّةِ) يَعْنِي: إِذَا قَالَ لِابْنِهِ أَوْ لِعَبْدِهِ: يَا ابْنَ الزَّانِيَةِ، وَأُمُّهُ حُرَّةٌ مَيْتَةٌ؛ لَا يَحْدُ الْأَبُ وَلَا الْمَوْلَى؛ لِقَوْلِهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لَا يَقَادُ الْوَالِدُ لَوْلَدِهِ، وَلَا السَّيِّدُ لِعَبْدِهِ»³، فَإِذَا سَقَطَ الْقِصَاصُ مَعَ تَيَقُّنِ سَبَبِهِ؛ فَالْحَدُّ أَوْلَى بِأَنْ يَسْقَطَ مَعَ احْتِمَالِ صَدَقِ قَاضِيهِ.

(وَمَنْ وَطِئَ وَطْئًا حَرَامًا لِعَيْنِهِ) وَهُوَ وَطْءُ الْأَجْنَبِيَّةِ، أَوْ الْمَمْلُوكَةِ مِنْ وَجْهِ كَالْأُمَّةِ الْمُشْتَرَكَةِ، أَوْ مِنْ كِلَيْ وَجْهِ، وَحَرْمَتُهُ مُؤَبَّدَةٌ، كَأَمْتِهِ الَّتِي حَرَمْتُ عَلَيْهِ بِالرِّضَاعِ، أَوْ بِالْمِصَاهِرَةِ الثَّابِتَةِ بِالْإِجْمَاعِ، أَوْ بِخَبْرِ مَشْهُورٍ، وَكَوْطِئِ الْمُنْكَوْحَةِ نِكَاحًا فَاسِدًا، وَجَارِيَةِ وَلَدِهِ، وَالْأُمَّةِ الْمُسْتَحَقَّةِ (سَقَطَ إِحْصَانُهُ) وَلَمْ يَحْدُ قَاضِيهِ؛ لِكُونِهِ صَادِقًا، وَأَمَّا إِذَا كَانَ وَطْئًا حَرَامًا لِغَيْرِهِ كَوِطِئِ الْأُمَّةِ الْمَرْجُوحَةِ، أَوْ الْمَجْجُوسِيَّةِ، أَوْ الْمَشْتَرَاةِ شِرَاءً فَاسِدًا، أَوْ الْحَائِضِ، أَوْ امْرَأَتِهِ الَّتِي ظَاهَرَ مِنْهَا، أَوْ مَمْلُوكَتَيْهِ الْأَخْتَيْنِ؛ لَا يَسْقَطُ بِهِ الْإِحْصَانُ؛ لِأَنَّ الْحَرَمَةَ فِيهِ عَلَى شَرَفِ الرِّوَالِ، فَيَحْدُ قَاضِيَهُ.

(وَنَاكِحُ بِنْتِ مَلْمُوسَتِهِ بِشَهْوَةٍ مُحْصَنٍ) يَعْنِي: إِذَا لَمَسَ امْرَأَةً أَوْ قَبَّلَهَا أَوْ نَظَرَ إِلَى فَرْجِهَا بِشَهْوَةٍ، فَتَرَوَّجَ بِنْتَهَا وَإِنْ سَفَلَتْ، أَوْ أَمَّهَا وَإِنْ عَلَتْ، فَوَطِئَهَا؛ لَا يَسْقَطُ إِحْصَانُهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، فَيَحْدُ قَاضِيَهُ. وَقَالَ: يَسْقَطُ إِحْصَانُهُ، فَلَا يَحْدُ قَاضِيَهُ؛ لِأَنَّهُ وَطِئَ مُحْرَمَةً عَلَيْهِ أَبَدًا، كَمَا لَوْ وَطِئَ أُخْتَهُ مِنَ الرِّضَاعِ.

وله: إنَّ حَرَمَةَ الْمِصَاهِرَةِ بِالْمَسِّ بِشَهْوَةٍ وَنَحْوِهِ لَا يَثْبُتُ عِنْدَ كَثِيرٍ مِنَ الْفُقَهَاءِ، وَلَا نَصٌّ فِيهِ، وَلِهَذَا لَوْ حَكَمَ حَاكِمٌ بِإِبَاحَتِهِ بِنَفْدِ قِضَاؤِهِ، وَإِنَّمَا يَثْبُتُ عِنْدَ الْبَعْضِ احْتِيَاطًا إِقَامَةً لِلسَّبَبِ مُقَامَ الْمَسِّ، فَلَا يَسْقَطُ إِحْصَانُهُ، وَأَمَّا حَرَمَةُ الْمِصَاهِرَةِ بِالْوِطْءِ؛ فَمَنْصُوصٌ عَلَيْهَا. (وَإِذَا لَاعَنْتُ بَوْلِدِي) أَي: إِذَا نَفَى رَجُلًا وَلَدَ امْرَأَتِهِ، سِوَاةَ كَانَ الْوَالِدُ حَيًّا أَوْ مَيِّتًا، فَلَاعَنْتَهُ (سَقَطَ إِحْصَانُهَا) وَلَا يَحْدُ قَاضِيَهَا؛ لِوُجُودِ أَمَارَةِ الزَّانَا مِنْهَا؛ لِأَنَّ الْوَالِدَ الَّذِي لَا أَبَ لَهُ يَكُونُ مِنَ الزَّانَا ظَاهِرًا.

قَيَّدَ بِالْوَالِدِ؛ لِأَنَّهُ لَوْ لَاعَنْتَهُ لَا يَنْفِي الْوَالِدَ لَا يَسْقَطُ إِحْصَانُهَا، وَيَحْدُ قَاضِيَهَا؛ لِعَدَمِ أَمَارَةِ الزَّانَا مِنْهَا، وَاللَّعَانُ قَائِمٌ مُقَامَ حَدِّ الْقَذْفِ فِي جَانِبِ الزَّوْجِ، وَكَانَ مُؤَكَّدًا لِلْعُقَّةِ.

(وَلَوْ نَسَبَهُ) أَي: الْوَالِدُ (إِلَى جَدِّهِ، أَوْ نَفَاهُ عَنْهُ) أَي: الْوَالِدُ عَنِ جَدِّهِ، (أَوْ إِلَى عَمِّهِ) أَي: لَوْ نَسَبَ الْوَالِدُ إِلَى عَمِّهِ (أَوْ خَالِهِ، أَوْ زَوْجِ أُمِّهِ، أَوْ قَالَ: يَا ابْنَ مَاءِ السَّمَاءِ، أَوْ لِعَرَبِيٍّ) أَي: لَوْ قَالَ: لِعَرَبِيٍّ: (يَا نَبْطِي) الْبَنْطُ: قَبِيلَةٌ بِسُودِ الْعِرَاقِ يُنْسَبُ إِلَيْهِمْ مِنْ يَقْصَدُ ذُهُ، الْوَاحِدُ: نَبْطِيٌّ. (لَمْ يَحْدُ) أَمَّا فِي نَسَبِهِ إِلَى جَدِّهِ؛ فَلَأَنَّهُ صَادِقٌ فِيهِ؛ لِأَنَّهُ مَنْسُوبٌ إِلَيْهِ بِوَسْطَةِ وَلَدِهِ، وَكَذَا فِي نَفْيِهِ عَنْهُ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ ابْنُهُ حَقِيقَةً، وَكَذَا فِي نَسَبِهِ إِلَى عَمِّهِ أَوْ خَالِهِ أَوْ زَوْجِ أُمِّهِ؛ لِأَنَّ الْوَالِدَ يُنْسَبُ إِلَيْهِمْ عَادَةً مُجَازًا، وَكَوْنُهُ زَوْجُ أُمِّهِ لَيْسَ بِشَرْطٍ، بَلِ الْعَبْرَةُ فِيهِ لِلتَّرْبِيَةِ لَا غَيْرَ، حَتَّى لَوْ نَسَبَهُ إِلَى مَنْ رِيَّاهُ وَهُوَ لَيْسَ بِزَوْجٍ لِأُمِّهِ؛ وَجِبَ أَنْ لَا يَحْدُ. وَأَمَّا فِي قَوْلِهِ: يَا ابْنَ مَاءِ السَّمَاءِ؛ فَلَأَنَّهُ يَرَادُ بِهِ التَّشْبِيهُ

¹ د - أي.

² د - ذلك.

³ سنن الترمذي، الدييات 9؛ سنن ابن ماجه، الدييات 22؛ مسند أحمد بن حنبل، 16/1، دون لفظ: «ولا السيد بعبد». وروي بلفظ: «لا يقاد مملوك من مالكة ولا ولد من والده» في المعجم الأوسط للطبراني، 286/8.

في الجود، وكان لقبُ عامر بن حارثة ماء السماء؛ لأنه وقتَ القحط كان يقيم ماله مقامَ القطر، وسميت امرأةُ امرئ القيس . وهي أمُّ المنذر . بماء السماء لحسنها وصفائها، وقيل لأولادها: بنو ماء السماء، وهم ملوكُ العراق.

(وحدّه) أي: محمدُ القاذفَ (بقوله لرجلٍ: يا زانية) وقالوا: لا يلزمه الحدُّ.

قيّد برجلٍ؛ لأنه لو قال لامرأةٍ: يا زاني؛ يحدُّ اتِّفاقاً.

له: إنّ التاء قد تلحقُ بصفة الرُّجل للمبالغة، كالرواية لكثير الرواية، وكان أدعى إلى إيجاب الحدِّ.

ولهما: إنّ معنى الكلام . وهو طلبُ امرأةٍ موصوفةٍ بالزنا . غيرُ متصوّرٍ فيه، والتاء كما يحتملُ المبالغة يحتملُ التفرُّيع¹، بأن يشبّهه

بامرأةٍ زانيةٍ، فلا يجب الحدُّ بالشكِّ. وأما في قوله: يا زاني؛ فمعناه حقيقةً متصوّرٌ بأن تكون التاء مرخّمةً.

(وعكس في زَنَاتٍ) أي: قال محمدٌ: إذا قال لرجلٍ: زَنَاتٌ (في الجبل يريد الصعود) أي: حال كونه قائلاً: أردتُ به الصعود:

لا يحدُّ. وقالوا: يحدُّ.

له: إنّهُ نوى حقيقةً لفظه؛ لأن زناً بالهمزة يجيء بمعنى صعد، و«في» يُستعملُ بمعنى «على»، كما قال الله تعالى: ﴿وَأَصْلَيْنَاكُمْ

فِي جُدُوعِ النَّخْلِ﴾ [طه، 71/20].

ولهما: إنّ ظاهرَ اللفظ دالٌّ على الفاحشة، وهمزته يجوز أن تكون مقلوبةً من الحرف اللين، كما تلين الحرفُ المهموز، ودلالةُ

الحال داعيةٌ إلى إرادة القذف، وكذا ذكرُ «في» دون «على»؛ لأن المناسبَ للصعود لفظةً «على»، واستعمالُ «في» بمعنى «على» مجازٌ لا يُصارُ إليه.

ولو قال: زَنَاتٌ على الجبل، قيل: لا يجب نظراً إلى كلمة «على». وقيل: يجب نظراً إلى ظاهر اللفظ.

(وما أوجبناه) أي: الحدُّ (على المصدِّق) أي: على من قال: صدقتُ لمن قال لآخر²: أنت زانٍ. وقال زفر: يحدُّ؛ لأن تصديقَ

القذف قذفٌ.

ولنا: إنّهُ لم يذكر المقذوفَ مع احتمال أن يرجع تصديقه إلى كلامٍ آخر سابقٍ، فيندري به الحدُّ، حتى لو قال: صدقت هو كما

قلت؛ يحدُّ اتِّفاقاً.

(ولم يجعلوا قوله في خصومةٍ: لست بالزاني، ولا أمي قذفاً) وقال مالكٌ: هو قذفٌ يجب به الحدُّ؛ لأنه تعريضٌ بالقذف،

ويدلُّ عليه عرفاً، فيحدُّ به.

ولنا: إنّ ظاهرَ كلامه تركيةٌ لنفسه وأمه، فلا يكون قذفاً، ولن كان قذفاً بالتعريض؛ فالمقذوفُ غيرُ متعيّنٍ، فيحتمل أن يريد به

غير ما يتوهّم أنّه مقذوفٌ، فلا يثبت الحدُّ مع الاحتمال.

(ولو اختلف شهوده) أي: شهودُ القذف (في مكانه) أي: مكان القذف (أو زمانه؛ فهي) أي: تلك الشهادة (مقبولة) عند

أبي حنيفة، فيحدُّ القاذفُ بها. وقالوا: لا تقبل؛ لأن القذفَ في هذا المكان غيرُ القذف في الآخر، وكذا في الزمان، فلم تتمّ البيّنة على قذفٍ واحدٍ، فصار كما إذا اختلفا في اللفظ بأن شهد أنّه قذفه بالعربية والآخر بالفارسية.

وله: إنّهما اتَّفقا على لفظ القذف، واختلفا فيما لو سَكنا عنه لا يسألهما القاضي، فيُقبلُ شهادتهما، كما لو شهد أحدهما أنّه

قال: زنيّت بزنيبٍ، وشهد الآخرُ أنّه قال: زنيّت بزبيدة. وأما اختلافهما في اللفظ؛ فاختلافٌ في السبب.

وضع في اختلافهما في الزمان والمكان؛ إذ لو اختلفا في الإقرار والإنشاء لا يقبلُ اتِّفاقاً. من «التتمة».

(ونردُّ شهادةَ المحدود فيه) أي: في القذف (وإن تاب) عن جريمة القذف. وقال الشافعيُّ: تقبلُ شهادته إذا تاب؛ لأن الله

تعالى استثنى التائبين عقيب النَّهي عن قبول شهادتهم بقوله: ﴿إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا﴾ [النور، 5/24].

ولنا: قوله تعالى: ﴿وَلَا تُقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةٌ أَبَدًا﴾ [النور، 4/24]، وذكره بالتأييد يدلُّ على أنّها لا تُقبلُ في كلِّ حالٍ، والاستثناء

منصرفٌ إلى ما يليه، وهو³ قوله تعالى: ﴿وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا﴾ [النور، 5-4/24].

¹ ح: التفرُّيع.

² ح: للآخر.

³ د - وهو.

(وهو بسوط) أي: ردّ شهادته بضرب سوط واحد عند أبي حنيفة؛ لأن القاضي إنّما يحُدُّ القاذفَ إذا عجز عن أربعة شهداء؛ فالعجزُ يظهرُ بضرب سوط واحد¹. (أو بأكثره) أي: في روايةٍ أخرى عنه: إنّهُ يثبتُ بضرب أكثره؛ لأنّ للأكثر حكم الكلّ. (أو بتمامه) أي: في روايةٍ أخرى عنه: إنّهُ يثبتُ بتمام الحدّ. (وبه قال) لأنّ الحدّ من حيثُ هي حدٌّ لا يتجزأ، فيتعلّقُ الحكمُ بكلّها تحقيقيًا. وفائدةُ الخلافِ تظهَرُ فيما إذا قذفَ ذمّي محصنًا، فلما ضرب سوطًا أسلم، فتمّ² الحدُّ عليه؛ جازتْ شهادتهُ عندهما؛ لأنّ ردّ الشّهادةِ متمّمٌ للحدّ، فيكونُ صفةً له، وصفةُ الشّيءِ إنّما يوجد بعد وجود ذلك الشّيءِ، والمقامُ بعد الإسلامِ بعضُ الحدّ، فلا يكون ردّ الشّهادةِ صفةً له.

(وتقبلُ بعد الإسلام) يعني: إذا حدّ الكافرُ في قذفٍ؛ ردّ شهادتهُ، فإن أسلم قبلتْ شهادتهُ؛ لأنّه بعد الإسلام حدثتْ شهادتهُ أخرى، وهي الشّهادةُ على المسلمين، فلا يلحقها الرّدُّ؛ لأنّها لم تكن موجودةً قبل وقت الحدّ. (لا العتق) أي: إذا حدّ العبدُ في قذفٍ، ثمّ عُتِقَ؛ لا تُقبلُ شهادتهُ؛ لأنّ العبدَ لم يكن له شهادتهُ وقت الحدّ، فلا تعملُ الشّهادةُ الحادثةُ بعد العتق. كذا في «الخاتية».

(ولو قذفَ عبدًا، أو أمّةً، أو كافرًا بالزنا، أو قال لمسلمٍ: يا فاسق، أو يا خبيث، أو يا كافر) أو يا منافق، أو يا لوطي، أو يا أكل الربا، أو يا شارب الخمر، أو يا ديوث، أو يا قرطبان، وهو الذي يرى مع امرأته رجلاً، فيدعه خاليًا بها، أو يا حرام زاده (عزّر) وإنّما لم يحُدّ؛ لأنّ القذفَ في الثلاثة الأولى وقع لغير محصنٍ، وفي البواقي وقع بغير الزنا، ولكن لَمَّا لحق به شينُ المقدوفِ وجب التعزيرُ تأديبًا، والتعزيرُ من العزْرِ، وهو الدرعُ، وهو مشرّوعٌ؛ لقوله تعالى: ﴿وَاضْرِبُوهُمْ فَإِنِ اطَّعْتُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْنَ سَبِيلًا﴾ [النساء، 34/4]، أمر بضرب الزوجات تأديبًا، ولمّا روي أنه صلى الله عليه وسلم عزّر رجلاً قال لغيره: يا خبيث.

(أو يا حمار) أي: لو قال لمسلمٍ: يا حمار، (أو يا خنزير؛ لم يعزّر) لأنّ العازرَ لم يلتحق بهذا القذف؛ لكون كذبه صريحًا. وقيل: يعزّر في ديارنا؛ لأن هذا اللَّفْظَ يذكرُ للشّتمية. والقولُ الأوّلُ أصحُّ. وفي «الحقائق»: لو قال لها: يا سيّاه روي، أو يا غرا، أو يا جلب، أو ما شاكل ذلك؛ يجب الحدُّ؛ لأنّ هذه العباراتُ كلّها منبئةٌ عن كونها زانية عرفًا.

(وقيل: إن كان شريفًا) كالعلويّ والعباسيّ والفقهيّ؛ لأنّ الوحشةَ تلحقه بذلك، وكذا لا يعزّرُ بقوله: يا ناكس، أو يا مسخرة، أو يا أبله؛ إذ لا يرادُ بهذه الألفاظ الشّتمية، وأما العاميُّ؛ فلا يبالي به، وهذا التفصيلُ أحسنُ ما قيل.

(ويقدّرُ أكثره) أي: أبو يوسف أكثرَ التعزيرِ (بخمسةٍ وسبعين سوطًا، وهما بتسعةٍ وثلاثين) والأصلُ فيه قوله صلى الله عليه وسلم: «من بلغ حدًّا في غير حدٍّ؛ فهو من المعتدين»³، معناه: من أتى حدًّا في موضعٍ لا يجب فيه الحدُّ؛ فهو من المتجاوزين، فتعدّر⁴ أن يبلغ عددَ التعزيرِ عددَ الحدِّ اتِّفَاقًا، إلا أنّ أبا يوسف اعتبر حدّ الأحرار؛ لأنّهم هم الأصول، وأقلّه ثمانون، فينقصُ منه خمسةً أسواطٍ؛ لمّا روي أنّ عليًّا رضي الله عنه فعل كذا، وأبا حنيفة ومحمدًا اعتبرا أقلَّ حدّ العبيد، وأقلّه أربعون، فينقصُ منه سوطًا.

(ولا ينقصُ في الأقلّ) أي: أقلّ عددِ التعزيرِ (عن ثلاثة) أي: ثلاث جلداتٍ؛ لأنّ الزجرَ لا يحصلُ بما دونها، والأوّلَى أن يفوّضَ إلى رأي الإمام؛ لأنّ ذلك يختلفُ باختلاف الأنام.

(وإن رأى الإمامُ الحبسَ أيضًا) أي: كالضرب (فعل) لمّا روي أنّ النبيّ صلى الله عليه وسلم حبس رجلاً⁵ للتعزيرِ، وجاز له أن يضمَّ الحبسَ إلى الضربِ إن رأى أنّه لا ينزجر بالضرب.

وفي «النهاية»: تعزيرُ العلماءِ والعلوية أن يقول له القاضي: بلغني أنّك تفعل كذا بالنظرِ بوجهِ عبوسٍ، وتعزيرُ الأمراءِ والدهاقين الجُرُّ إلى باب القاضي والخصومةُ في ذلك، وفي الأوساط. وهم السوقيّة. الجرُّ والحبسُ، وتعزيرُ الأخصّة الضربُ مع ما سبق. وعن أبي يوسف: إنّ التعزيرَ بأخذ الأموال جائزٌ.

¹ د - واحد.

² د: فتمم.

³ السنن الكبرى للبيهقي، 327/8؛ وقال: المحفوظ مرسل. وانظر للمرسل: الأصل للشيباني، 527/10.

⁴ ح: فيعزّر.

⁵ سنن أبي داود، الأفضية 29؛ سنن الترمذي، الديات 21؛ سنن النسائي، قطع السارق 2؛

وثبت التعزيرُ بشهادة رجلين أو رجلٍ وامرأتين؛ لأنه من جنس حقوق العباد، ولهذا تُقبلُ فيه الشهادةُ على الشهادة، ويصحُّ العفوُ. كذا في «التبيين».

(ويقدّمُ التّعزيرُ في شدّة الضرب) يعني: التعزيرُ يكون أشدَّ ضرباً؛ لأنه جرى فيه التّخفيفُ من حيثُ العدد، فلا يخفّفُ من حيثُ الوصف؛ لئلا يخلو عن الزجر. (ثم الزنا، ثمّ الشرب) أي: يكون حدُّ الزنا أشدَّ من حدِّ الشرب؛ لأنّ جنايته أعظمُ، ولهذا شرع فيه الرجمُ، ولم يشرع في الشرب. (ثم القذف) أي: يكون حدُّ الشرب أشدَّ من حدِّ القذف؛ لأنّ جنايته مقطوعٌ بها، ولا كذلك جنايةُ القذف؛ لاحتمال أن يكون القاذفُ صادقاً فيه.

(ويعزّرُ) أي: يجوز للزوج تعزير (زوجته على ترك الزينة، وغسل الجنابة، والخروج من المنزل، وترك الإجابة إلى الفراش) لأن منفعة الضرب بهذه الأشياء يعودُ إلى نفسه.

وفي «النهاية»: ليس له أن يضربها على ترك الصلاة؛ لأن المنفعة عائدةٌ إليها. اعلم أنّ من مات من الحدّ أو التعزير¹؛ فدمه هدّر؛ لأن إقامتها واجبةٌ، والضمأن لا يجامع الواجب. وعن أبي يوسف: إنّ القاضي إذا زاد على مائةٍ بأن يرى ذلك مصلحةً، فمات به؛ يجب نصفُ الدية على بيت المال؛ لأنه مات بفعل مأذونٍ وغير مأذونٍ فيه، فيتنصّف. ولو ماتت من الضرب بهذه الأشياء؛ يضمنُ الزوج؛ لأنه مقيدٌ بوصف السلامة وإن كان مباحاً. فإن قلت: لم يَمُتْ لم يقيد المباح بوصف السلامة عند أبي حنيفة ومحمد فيما إذا جامع امرأته، فماتت من الجماع أو أفصاها، حيث لم يوجبا عليه الضمان؟

قلنا: لأن منافع البضع كانت مضمونةً بالمهر ابتداءً، فلو وجب الدية بموتها؛ لزم إيجابُ الضمانين لمضمونٍ واحدٍ.

(فصلٌ في حدّ السرقة)

وهو في اللّعة: أخذُ الشّيء من الغير على وجه الخفية. وفي الشريعة في حق القطع: أخذُ مكلفٍ خفيةً قدرَ عشرة دراهم مضروريةً محرّزةً بمكان² أو حافظٍ بلا شبهة. وفي قيد «مضرورية» إشارةٌ إلى أنه إذا سرق قدرَ عشرة دراهم، وقيمتها أقلُّ من عشرة مضرورية؛ لا يكون سرقةً. وإنّما قيّدنا بقولنا: «في حق القطع»؛ لأن سرقة ما دون النصاب سرقةً شرعاً يُعدُّ فيه عيباً، حتى يردَّ العبدُ به على بائعه. اعلم أنّ الخفية شرطٌ في السرقة ابتداءً وانتهاءً إذا كانت بالنهار؛ لأنه وقتٌ يلحُفه الغوثُ فيه، أو ابتداءً لا غير إذا كانت بالليل، كما إذا نقب الجدارَ سرّاً، وأخذ المالَ من المالك جهراً؛ لأنه وقتٌ لا يلحُفه الغوثُ فيه، فلو لم يكتف بالخفية فيه؛ لامتنع القطعُ في أكثر السُّراق، والشرطُ أن يكون خفيةً على زعم السّارق، حتى لو دخل دارَ إنسانٍ، فسرق وهو يزعم أنّ المالك لا يعلم؛ فُطِعَ، ولو علم أنّه يعلم³؛ لا يقطع؛ لأنه جهرٌ. ولو دخل اللصُّ دارَ إنسانٍ ما بين العشاء والعتمة، والناسُ يذهبون ويحيثون؛ فهو بمنزلة النهار. كذا في «المحيط».

(إذا سرق عاقلٌ بالغٌ من محرّزٍ) أي: من مالٍ ممنوعٍ أن يصلَ إليه يدُ الغير، سواء كان المانعُ بناءً أو حافظاً. (نصاباً) أو ما قيمته نصابٌ، (لا شبهةً له فيهما) أي: للسارق في ذلك النصاب والحرز. قيّد به؛ لأنه لو كان له شبهةٌ في المسروق، كما إذا سرق من بيت المال، أو في الحرز، كما إذا سرق من بيتٍ أذن للناس⁴ للدخول فيه كالحمام والرباط؛ لا يقطع؛ لأن الحدَّ يندرى بالشبهة. (ونقدّره) أي: النصاب الذي يقطع اليد بسرقته (بعشرة دراهم مضرورية، أو ما هي) أي: التي عشرة دراهم (قيمتها) وفيه دلالةٌ على أنّ الاعتبارَ في القيمة بالدراهم وإن كان المسروقُ ذهباً. (لا بربع دينارٍ) أي: قال الشافعيُّ: هو مقدّرُ ربع دينارٍ؛ لمّا روي أنّ النبيّ صلى الله عليه وسلم قطع سارقاً في ربع دينارٍ⁵.

1 ح: والتعزير.

2 د: لمكان.

3 د: يعلمه.

4 د: الناس.

5 صحيح مسلم، الحدود 1؛ سنن أبي داود، الحدود 12؛ سنن الترمذي، الحدود 16.

ولنا: قوله صلى الله عليه وسلم: «لا قطع إلا في دينارٍ أو في عشرة دراهم»¹، والأخذ بالأكثر أولى احتياطاً لدرء الحدِّ، والمعتبر في هذه الدراهم أن يكون عشرة منها وزن سبعة مثاقيل كما في الزكاة.

(وجودتها) أي: جودة تلك العشرة (شرط) عند أبي حنيفة، حتى لو سرق عشرة دراهم رديّة لا يُقطع؛ لأن نقصان الوصف مؤثّر في نقصان المائيّة، فصار نقصانه كنقصان القدر، فلا يقطع لهذه الشبهة. (ويخالفه) أي: أبو يوسف أبا حنيفة (في الزُيُوف الرّائجة) وقال: يُقطع في سرقتهما؛ لأنّها لمّا كانت رائجة؛ صارت كالجيدة.

(فشهد عليه) أي: إذا سرق، فشهد على أخذه رجلان (اثنان) قيّد به؛ لأن شهادة النساء غير مقبولة في الحدود. (فيسألا عن ماهيتها) أي: سألهما القاضي عن ماهية السرقة؛ لأنّها يُطلق على تخفيف الصلّة، كما قال صلى الله عليه وسلم: «إنّ أسوأ الناس سرقة من يسرق عن صلّاته»²، وعلى الاستماع خفية، كما قال تعالى: ﴿إِلَّا مَنِ اسْتَرَقَ السَّمْعَ﴾ [الحجر، 18/15]. (وكيفيتها) لأن السرقة تختلف باختلاف الأحوال، حتى من أدخل يده من الثقب وأخذ شيئاً؛ لا يُقطع. (وزمانها) لاحتمال أن يكون في زمان الصبّا. وفي «المحيط»: السؤال عن زمانها فيما إذا ثبتت بالبيّنة، وأمّا إذا ثبتت بالإقرار؛ فلا يحتاج إلى السؤال عنه؛ لأن التقادّم غير مانع عن صحّة الإقرار.

(ومكانها) لاحتمال أن تكون في دار الحرب، أو من بيت أذن له في دخوله، ولا بُدّ أن يسألها عن المسروق منه أيضاً إذا لم يكن حاضراً يخاصم؛ لجواز أن يكون المسروق منه ذا رحم محرّم منه، أو أحد الزوجين.

(أو أقر مرة) بسرقة. (ويعتبره) أي: أبو يوسف الإقرار (مرتين) لأن الموضوع موضع الاحتياط. ولهما: إنّ السرقة ظهرت بالإقرار مرة، فيكتفى به كما في القصاص والحدف، وأمّا تكراره في الزنا؛ فعلى خلاف القياس. (قطعتم يمينه) أي: يمين السارق، وهو جواب «إذا». (من الزند) وهو مفصل طرف الذراع في الكف. كذا في «الصحاح». أمّا القطع؛ فلقوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾ [المائدة، 38/5]، وأمّا اليمين؛ فلقراءة ابن مسعود: «فاقطعوا أيمانهما»، وأمّا كونه من الزند؛ فلأنه صلى الله عليه وسلم أمر قطع السارق منه³.

(وحُسمت) أي: تكوى لينقطع دمه، ولا يهلك. (بعد خصومة المسروق منه) قيّد به؛ لأن سرقة إنّما تظهر بخصومته، وكذا حضوره شرط للقطع؛ لاحتمال أن يهبه المسروق، فيسقط القطع.

وفي «الكافي»: هذا إذا اختار المالك القطع، وإن قال: أنا أضمتّه؛ لم يقطع عندنا. (وقطعناه بدعوى المودع والمستعير والمضارب) يعني: إذا سرق من هؤلاء، وأدعوا عند الحاكم، وأثبتوا السرقة بالبينة؛ يقطع (مع غيبة المالك) عندنا. وقال زفر: لا يقطع.

وكذا الخلاف في المرتهن والمستبضع والقباض على سوم الشترى؛ لأن شبهة التملك من المالك ثابت، فلا يقطع. ولنا: إنّ السرقة تثبت بحجّة عقيب خصومة معتبرة؛ لأن لهؤلاء حقّ الخصومة؛ لإعادة حجّتهم في اليد، فيقطع، وما ذكره من الشبهة غير معتبرة؛ لأن المؤثّر منها ما هي موجودة في الحال، لا ما هي موهومة في المال، ولهذا يُقطع بالإقرار مع توهم رجوعه في الاستقبال.

(فإن ثنى) أي: إن سرق مرة ثانية (قطع رجله اليسرى) من المفصل؛ لأنه صلى الله عليه وسلم أمر بقطعها حين عاد⁴، وانعقد عليه الإجماع، وحُسمت لما مرّ.

(وإن ثلث) أي: إن سرق مرة ثالثة (خلد حبسه حتى يتوب) ويظهر عليه سيماء التائبين.

¹ لم نجده مرفوعاً بهذا اللفظ إلا في المبسوط للسرخسي، 137/9. وأخرج من قول ابن مسعود، انظر: سنن الترمذي، الحدود 16، وهو منقطع الإسناد. وأخرج بلفظ: «لا قطع إلا في ربع دينار فصاعداً»، انظر: شرح معاني الآثار للطحاوي، 166/3؛ صحيح ابن حبان، 315/10. ولفظ: «لا قطع إلا في عشرة دراهم»: المعجم الأوسط للطبراني، 155/7.

² سنن الدارمي، الصلاة 78؛ مسند أحمد بن حنبل، 56/3؛ 310/5؛ صحيح ابن خزيمة، 331/1.

³ الهداية للمرغاني، 369/2.

⁴ لم نجده إلا في الهداية للمرغاني، 369/2.

(ولا يُقطع يده اليسرى، ثمَّ رجله اليمنى في الرابعة) يعني: قال الشافعي: إذا سرق في المرة الثالثة يُقطع يده اليسرى، وفي المرة الرابعة يُقطع رجله اليمنى، وإن عاد يُحبس بعد ذلك، وفي قوله القديم: يُقتل. من «الوسيط». لقوله صلى الله عليه وسلم: «من سرق فاقطعوه، وإن عاد فاقطعوه، وإن عاد فاقطعوه، وإن عاد فاقطعوه»¹.

ولنا: ما روي أنَّ علياً رضي الله عنه قال فيمن سرق ثلاث مراتٍ: إني لأستحيي من الله تعالى أن لا أدع له يداً يأكلُ بها ويستنجي، ورجلاً يمشي عليها، ووقعت المحاجةُ بينه وبين الصحابة، فانقادوا إليه، وانعقد إجماعهم عليه، وما رواه فمطعون عند ثقات² الحديث. كذا ذكره الطحاويُّ.

(ولا يُقطع) يمينُ السارق (إذا كان³ يده اليسرى أو رجله اليمنى شلاءً أو مقطوعاً) لأن يده اليمنى إن قُطعت حال كون يده اليسرى شلاءً أو مقطوعاً؛ فات عنه منفعةُ البطش بالكلية، أو حال كون رجله اليمنى شلاءً أو مقطوعاً؛ فات عنه المشي، فصار في حكم الهالك، والحدُّ شرعٌ زاجراً لا متلفاً، وكذا⁴ لا يُقطع لو كانت إبهامه من اليد اليسرى أو الأصبعان منه شلاءً أو مقطوعاً؛ لأنَّ البطش يفوتُّ عنه، وأما إذا كان شلاءً أو مقطوعاً أصبعاً واحداً سوى الإبهام؛ لا يمنع عن قطع يمينه؛ لأن ذلك لا يكون مخللاً في البطش. (وقاطع اليسرى مأموراً باليمين غير ضامنٍ، وضمانه في العمد) يعني: إذا أمر القاضي الجلاذَ بقطع يمين السارق، فقطع يساره عمداً؛ لا يضمن عند أبي حنيفة، وعندهما يضمن.

أقول: لو قال: وقاطع اليسرى عمداً مأموراً باليمين غير ضامنٍ؛ لكان أخصر، ولم يحتج إلى إرداف قولهما. قيّد بالأمر؛ لأن واحداً لو قطعها قبل أن يأمر به الحاكم؛ يجب القصاصُ في العمد، والدية في الخطأ اتفاقاً، وأما كون قاطع اليسار هو المأمور؛ فليس بقيدٍ لوضع الخلاف؛ لأن أجنبياً غير المأمور لو قطع اليسار بعد أمر الحاكم بالقطع؛ لا يضمن عنده في الصحيح. كذا ذكره فخر الإسلام في «الجامع الصغير».

هذا إذا صرح الحاكم بيمين السارق، وأما لو قال: اقطع يده؛ لا يضمن القاطع اتفاقاً؛ لأن اليد تُطلقُ عليها، وكذا إذا أخرج السارق يساره، فقال: هذه يميني؛ لأنه قطعهُ بأمره، فلا يضمن.

ويُقدِّم العمد؛ لأنه لو قطعهُ خطأ لا يضمن اتفاقاً، سواءً كان خطؤه في الاجتهاد في آية السرقة لكون اليد مذكورةً فيها مطلقاً، أو في معرفة اليمين واليسار. وقال زفر: يضمن في الخطأ أيضاً؛ لأن الخطأ في حقِّ العبد غير معفوٍ. قلنا: خطأ المجتهد معفوٌ إجماعاً، وأما خطؤه في معرفة اليمين واليسار؛ فلا يجعل عفواً. وقيل: يجعل، حتى إذا قال: أخرج يمينك، فأخرج يساره، وقال: هذا يميني، فقطعته؛ لا يضمن إجماعاً.

لهما: إنَّه خالفَ أمرَ الحاكم قطع يداً معصومةً عمداً، فكان ينبغي أن يجب القصاصُ، لكنَّه سقط للشبهة، فيغرم أرشه. وله: إنَّ يمينَ السارق كانت مستحقةً للإتلاف، فقطع اليسرى، فسلمت له اليمنى؛ لأن مقطوعَ اليد لا يُقطع، فصار كأنه حصل له ما هو خيرٌ منها، فلم يكن متلفاً معني، كمن شهد على غيره ببيع ماله بمثل قيمته، ثمَّ رجع. اعلم أنَّ هذا الخلاف في ضمان الأرش، وأما في ضمان المسروق؛ فواجبٌ عليه اتفاقاً؛ لأن الضمان إنَّما يسقط عنه إذا وقع القطعُ حداً، وهنا لم يقع.

(والشهادةُ بسرقةٍ بقرّةٍ مع الاختلاف في لونها مقبولةٌ) عند أبي حنيفة. وقالوا: لا تُقبل؛ لانعدام اتفاق الشاهدين، كما لو اختلفا في الذكورة والأنوثة، أو في لون المعصوب.

وله: إنَّ السرقةَ تقعُ في الليل غالباً، واللونُ فيه يشتبه، فيعفى التفاوتُ في شهادة لون المسروق؛ لاحتمال أن يكون كلٌّ من الشاهدين أحسنَّ منها لوناً، بخلاف الذكورة والأنوثة؛ لأنَّهما لا يحسبان من بعيدٍ، وبخلاف الغصب؛ لأنه يقع في النهار غالباً، فيتمكَّنُ الشاهدُ من الاحتياط في تحمل الشهادة.

¹ لم نجده بهذا اللفظ إلا في الهداية للمرغناني، 369/2؛ وقد روي معناه في سنن أبي داود، الحدود 21؛ سنن النسائي، قطع السارق 15.

² د: نقاد.

³ د: كانت.

⁴ د: ولذا.

(ولو أقرَّ عبدٌ محجورٌ بسرقةٍ نصابٍ معيّنٍ) من فلانٍ، (فكذبُه مولاَه) وقال: بل ذلك النصابُ مالي، (فالواجبُ) عند أبي حنيفة (القطع والرُدُّ) أي: رُدُّ النصاب (إلى المسروق منه) لأن إقراره بالسرقة على نفسه في حقِّ القطع صحيحٌ، فيصحُّ في حقِّ المال ضمناً.

(ويقطعُه) أي: يأمر أبو يوسف بقطع يده، (ويجعل المالَ للمولى) ولا يردُّه إلى فلانٍ؛ لأن إقراره في حقِّ القطع إقرارٌ على نفسه، وهو غيرُ متَّهمٍ فيه، فيصحُّ، وفي حقِّ المال إقرارٌ على المولى، فلا يصحُّ، فيؤاخذُ به بعد العتق.

(ووافق في الثاني) أي: قال محمدٌ: يكون المالُ للمولى، وفي تقييده بالثاني دلالةٌ على أنه خالفَ أبا يوسف في الأوَّل، أي: في القطع، فالموافقةُ والمخالفةُ راجعان إلى أبي يوسف؛ لأنه أقربُ المذكورين؛ لأن المالَ أصلٌ، والقطعُ تابعٌ، ولهذا لا يُسمعُ الخصومةُ في القطع وحده، وتُسمعُ¹ في المال وحده، فإذا بطل إقرارُه في الأصل؛ بطل إقرارُه في التابع.

قَيَّدَ بالمحجور؛ لأنه لو كان مأذوناً يقطعُ اتِّفاقاً؛ لأن إقراره بما في يده صحيحٌ، فيصحُّ في حقِّ القطع تبعاً.

وقَيَّدَ بـ«معين»؛ لأنه لو أقرَّ بمالٍ استهلكه؛ يقطعُ اتِّفاقاً.

وقَيَّدَ بتكذيب المولى؛ إذ لو صدَّقه يقطعُ ويردُّ المالَ على المالك اتِّفاقاً. من «الحقائق».

(وإذا قطع) السارق، (والعين قائمة) أي: حال كون المسروق موجوداً، (رُدَّت) إلى مالِكها؛ لقيام ملكه فيها، (أو مستهلكةً) أي: إن كان السارقُ استهلكها (لم يضمن) لقوله صلى الله عليه وسلم: «لا غرمَ على السارق بعدما قُطعت يمينُه»². (والضمانُ به روايةٌ) يعني: في روايةٍ عن أبي حنيفة: إنه يضمنُ إذا استهلكها، ولا يضمنُ إذا هلكت.

(ولم يجمعوا بينهما) أي: بين القطع والضمان (ليساره وقت القطع) قال مالكٌ: إن كان السارقُ موسراً من حين السرقة إلى وقت القطع؛ يضمنُ، وإلا فلا نظراً للجانبين.

ولنا: إنَّ سببَ الضَّمان إن وُجِدَ؛ فالإعسارُ لا يمنعُه؛ لأن أثره في التَّأخير لا في المنع، وإن لم يوجد؛ لا يضمنُ أصلاً.

(فمنعُه مطلقاً) أي: قال الشافعيُّ: يضمنُ السارقُ، سواءً هلك المسروقُ أو استهلكه؛ لأن محلَّ القطع اليدُ، ومستحقُّه هو اللُّهُ، وسببُه الجنايةُ على حقِّ الله، وهو تركُ الانتهاء عما نهى عنه، ومحلُّ الضمان الذمَّةُ، ومستحقُّه المسروقُ منه، وسببُه أخذُ مال الغير بغير إذنه، فلما اختلف الحَقَّان محللاً ومستحقاً وسبباً؛ فوجبُ أحدهما لا يمنعُ وجوبَ الآخر، كما يجاب القيمة مع الحدِّ في شرب خمر الذميِّ.

ولنا: إنَّ القطعَ إذا وُجِدَ؛ كان عصمةُ المال منتقلةً إلى الله قبيل السرقة متصلاً بها، فلم يبق للعبد حقٌّ فيه، فصار حراماً كالخمر والزنا، فيكون القطعُ خالصَ حقِّ الله، فلا يجبُ ضمانُه؛ لوقوع الجناية على حقِّ الشَّرْع.

فإن قلت: إذا لم يبق للمالك حقٌّ فيه؛ فلم اشترطُ خصومتهُ؟

قلنا: لأن السرقة لا تظهرُ بدونها، ولهذا لو وجد الخصومةُ من غير المالك كالمودع والوصيِّ والمكاتب اكتفي به.

وإنما قلنا: انتقلتُ عصمتهُ إلى الله بناءً على استيفاء القطع؛ لأنه لو بقي للعبد في المسروق حقٌّ؛ لكان مباحاً لذاته وحراماً لأجله، فلزم منه وقوعُ الحدِّ. وهو القطع. مع وجود الشبهة الدارئة له.

ووجهُ الرواية الأخرى عن أبي حنيفة: إنَّ الاستهلاكَ فعلٌ آخرُ غيرُ السرقة، فلم يكن الضرورةُ داعيةً إلى انتقال العصمة إلى الله في حقِّه، فيضمنُ فيه.

(ولو حضر أحد جماعة قطع له) يعني: لو سرق رجلٌ سرقاتٍ من جماعةٍ، فحضر أحدهم قطع بخصومته اتِّفاقاً. (فهو غيرُ

ضامنٍ) يعني: السارقُ المذكورُ لا يضمنُ عند أبي حنيفة (مطلقاً) أي: للحاضر منهم ولغيره. (وأوجباه في غير التي قطع لها) يعني: قالوا: يضمنُ لغير السرقة التي قطع لها، أي: لغير الحاضر منهم.

قَيَّدَ بالقطع له؛ لأنَّهم لو حضروا وقطع بخصومتهم لا يضمنُ اتِّفاقاً، ولو لم يقطع يضمنُ اتِّفاقاً.

¹ ح: ويسمع.

² سنن الدارقطني، 241/4. وقال: الزبلي في نصب الراية 375/3: غريب بهذا اللفظ. وقد أخرجه النسائي بلفظ: «لا يغرم صاحب سرقة إذا أقيم عليه الحد»، انظر سنن النسائي، قطع السارق 18.

لهما: إنَّ مسقطَ الضمان هو القطع، وهو حصل بخصومة الحاضر قطع¹ له خاصَّةً، ولم يكن هو نائباً عنهم، فبقيت أموالهم معصومةً على حالها، فيضمنها لهم.

وله: إنَّ مبنى الحدود على التَّدخُل، وشرطُ ظهور السرقة. وهو الخصومة. وُجِدَ عند القاضي، وموجبها. وهو القطع. واحد، فإذا استوفى كان واقعاً على الكلِّ؛ لعود منفعتهم إليهم، فارتفع الضمان، كما لو حضروا جميعاً.

وعلى هذا الخلاف إذا سرق من واحدٍ نصباً مراراً، فخاصمه في بعضها، فقطع لنصابٍ واحدٍ. (ولو اشترك جماعةً) في سرقةٍ، (فحصل لكلِّ نصابٍ) أي: لكلِّ واحدٍ نصابٌ سرقةٍ، (قطعوا) اتفاقاً؛ لكمال السرقة في حقِّ كلِّ واحدٍ منهم. (أو لكلِّهم نصابٌ) أي: إذا اشتركوا في سرقةٍ نصابٍ واحدٍ (لم يقطعوهم) أي: علماؤنا لم يأمرؤا بقطعهم. وقال مالكٌ: يؤمر بقطعهم؛ لأنَّهم صاروا سارقين.

ولنا: إنَّ كلَّ واحدٍ منهم لم يصِرْ سارقاً؛ لعدم كمال النَّصاب في حقِّه.

(ولو حكم به) أي: بالقطع، (فملك) السارق (المسروق) بالهبة أو غيرها قبل القطع، (أو قطع) أي: السارق في سرقةٍ عينٍ وهي قائمة، فُرِّدَتْ إلى مالِكها، (فعاد، فسرقها وهي هي) أي: والحال أنَّ العين لم تكن متغيِّرةً (لم نقطعه) وقال الشافعيُّ في المسألتين: يقطع.

قيَّد في المسألة الأولى بالحكم؛ لأنه لو ملكه قبل الحكم لا يُقطع اتفاقاً.

ويقيَّد في المسألة الثانية بقوله: «وهي هي»؛ لأنَّ العينَ المسروقة لو تغيَّرت، بأن كانت غزلاً مثلاً، فقطع، فنسجه المالكُ بعد الردِّ إليه، فسرقه نائباً؛ قطع اتفاقاً.

له في المسألة الأولى: إنَّ السرقة السابقة والحكم² بموجبها لا يبطل بالملك الحادث بعده.

ولنا: إنَّ الإمضاء في باب الحدود من القضاء، فإذا ملكه بعد القضاء قبل الإمضاء سقط القطع، كما لو ملكه قبل القضاء.

وله في المسألة الثانية: إنَّه سرق نصاباً محرراً، فيقطع به، كما لو سرقه غيره.

ولنا: إنَّ عصمة هذا المال سقطت في حقِّه بالقطع فيه، فلا يُقطع بسرقة نائباً بعد العود إلى مالِكه؛ لأنَّ الملك والمحلَّ واحدٌ، بخلاف ما إذا سرقه غيره؛ لأنَّ عصمة المال قائمةٌ في حقِّه.

(ولو ادَّعى ملكيتها) أي: إذا ادَّعى السارق أنَّ العينَ المسروقة ملكه (لم يقطع) لأنَّ دعواه محتملةٌ للصِّدق، فتكون شبهةً دارئةً للحدِّ.

(ولو صبغه) أي: السارق المسروق (أحمر) ثمَّ قطع يده (لم يؤخذ منه) أي: الثوب من السارق، (ولم يضمنه، وأفتى) محمدٌ (بأخذه مع ضمان الزيادة له).

أقول: لو قال: ولو صبغة أحمر أفتى بأخذه مع ضمان الزيادة؛ لكان أخصر، ولم يحتج إلى بيان قولهما؛ لأنه في طرف النَّقْي من قوله.

يعني: يأخذ المالكُ منه الثوب، ويضمنُ قيمةً ما زاد الصبغُ فيه؛ لأنَّ الثوب قائمٌ اتَّصل به مالٌ غيره، فيأخذه لكونه أصلاً، ويضمن قيمة الصبغ؛ لأنه تابعٌ كما في الغصب.

ولهما: إنَّ الثوب حقُّ المالك، والصبغ حقُّ السارق، فلما تعارضا رجحنا جانبَ الصبغ؛ لأنه قائمٌ صورةً ومعنىً، والثوب قائمٌ صورةً لا معنىً³؛ لأنه غيرُ مضمونٍ على السارق إذا هلك، بخلاف الغصب؛ لأنَّ الثوب فيه مضمونٌ على الغاصب إذا هلك، فصار قائماً معنىً، فلما استويا من هذا الوجه رجح جانبُ المالك لأصالته.

(أو أسود) يعني: لو صبغه السارق أسود، ثمَّ قطع يده؛ (فللمالك أخذه مجاناً) عند أبي حنيفة؛ لأنَّ السواد نقصانٌ عنده كما في الغصب. (ويمنعه) أي: أبو يوسف المالك من الأخذ؛ لأنَّ الأسود زيادةٌ عنده، فيرجح جانبُ السارق لِمَا ذكرنا في الحمرة. (وجعله) أي: محمداً الأسود (كالأحمر) فيأخذه، ويضمن الزيادة لِمَا مرَّ.

(فصل) فيما يقطع في سرقة، وفيما لا يقطع، وفي الحرز

¹ د: فقطع.

² ح - والحكم.

³ ح - والثوب قائم صورة لا معنى.

(ولا نَقَطُعُ في المباحة الأصل) إذا سرقها كالحطب والسمك والطيور والزرنيخ ونحوها، (أو المعترضة بالفساد) أي: لا يُقَطَعُ فيما إذا سرق ما يتسارع إليه الفساد، كاللحم واللبن ونحوهما. وقال الشافعي: يُقَطَعُ؛ لأنه سرق مألًا محررًا، وفساده في ثاني الحال لا يمنع كمال ماله حال السرقة.

ولنا: إنَّ شركة العامة في مباح الأصل قبل الإحراز تورثُ الشبهة ما دامت باقيةً على تلك الصفة، ويكون الإحراز فيه ناقصًا، ولهذا يلقي بعضها في الأبواب وفي الطرق، وقد قالت عائشة رضي الله عنها: كانت الأيدي لا يُقَطَعُ في الشئء التافه أي: الحقيق، وإنَّ المالية فيما يتسارع إليه الفساد قاصرة؛ لأن الرغبة إنما تتم¹ فيما يصلح للاخار لوقت الحاجة، وقد روي أنه صلى الله عليه وسلم قال: «لا قَطْعُ في الثمار إلا فيما آواه الجرين»²، وهو بالراء المهملة بعد الجيم: الموضوع الذي يُجمع فيه الثمار إذا صُرِمَتْ، وإنما يجمع فيه عادةً ما ييس من الثمار.

وفي الخَلِّ والعسل يقطع اتفاقًا؛ لأن الفساد لا يتسارع إليهما.

قالوا: هذا إذا سرق في أيام الخصب، وأما في أيام القحط؛ فلا يُقَطَعُ في سرقة طعامٍ مطلقًا؛ لأن الضرورة تبيح تناول.

(ولا قطع فيما يتأول³ فيه الإنكار) كآلات اللهو من الدف وغيره، والأشربة المطربة، والنرد، والصليب من الذهب؛ لاحتمال أن يقول السارق: سرقته للكسر والإراقة، وأما الدراهم التي عليها التمثال؛ فيقطع فيها؛ لأنها معدة للتمول لا للعبادة، فتأويل الكسر لا يثبت فيها، وأما إذا سرق طبل الغزاة، فقبيل: يقطع؛ لأن ضربه للغزو مأذون فيه. ومختار الصدر الشهيد: أنه لا يُقَطَعُ؛ لأنه كما يصلح للغزو يصلح للهو، فتمكن الشبهة.

(ولا في دفاتر غير الحساب) لأنه يتأول بالقراءة، وأما في دفاتر الحساب؛ فيقطع؛ لأنه لا ينفع لغير صاحبه، فيكون المقصود فيه الكاغذ⁴.

(ويأمر به) أي: أبو يوسف بالقطع **(في صبي)** أي: في سرقة صبي **(حر عليه حلي ومصحف محلي)** أي: وفي⁵ سرقة مصحف عليه حلية تبلغ نصابًا. وقالوا: لا يقطع.

اعلم أن الخلاف في الصبي الغير المميز؛ لأنه لو كان مميزًا لا يُقَطَعُ اتفاقًا؛ لأن له يدًا على نفسه وعلى ما في يده، فيكون خداعًا لا سرقة. كذا في «التبيين».

له في المسألتين: إنَّ الحلية لو سُرقت وحدهما يقطع⁶ بها، فكذا إذا سُرقت مع غيرها.

ولهما: إنه اجتمع فيه دليل القطع، وهو سرقة الحلية، ودليل عدمه، وهو سرقة الصبي والمصحف، فأورث ذلك شبهة دائرة للحد.

(وينهى عنه) أي: أبو يوسف عن القطع **(في عبد صغير)** أي: في سرقته؛ لأن كونه مألًا يقتضي القطع، وكونه آدميًا لا يقتضيه، والحد إذا دار بين الوجوب وعدمه لا يجب.

هذا في صغير لا يتكلم، وإن كان ينطق ويعبر عن نفسه؛ لا يقطع اتفاقًا.

وضع في العبد؛ لأنه في الحر الصغير لا يُقَطَعُ اتفاقًا. من «الحقائق».

(ككبير) أي: كما لا يُقَطَعُ في الكبير؛ لأن له يدًا على نفسه، وأخذُه إما بواسطة الخداع⁷ أو بالغصب، فلا يكون سرقة.

(ويقطع في الساج) وهو شجر لا ينبث إلا ببلاد الهند، ويجلب منها كل ساجة منحوتة الجوانب الأربع، **(والأنوس)** وهو شجر معروف، **(والقنا)** بالقصر جمع قناة، وهي شجرة يتخذ منها الرمح، **(والصندل)** وهو شجر طيب الرائحة، **(والعود والياقوت والفضوص)** والمسك والأدهان والورس والزعفران واللؤلؤ ونحوها، وإنما قُطِعَ في سرقة هذه الأشياء؛ لأنها عزيزة محرزة لا تؤخذ بصورتها

1 ح: يتم.

2

3 د: تناول.

4 د: الكاغذ.

5 ح: في.

6 د: لقطع.

7 ح: الخدع.

مباحةً في دار الإسلام، فصارت كالفضة. وأما الرُّجَاجُ المصنوعُ، فقليل: لا يُقَطَّعُ فيه؛ لأن الفسادَ يتسارعُ إليه. وقيل: يقطع؛ لأنه مالٌ نفيصٌ، وإنَّما الفسادُ من التَّقْصِيرِ في الاحتراز عنه.

(وما اتَّخَذَ مِنَ الخَشَبِ) أي: إذا اتَّخَذَ مِنَ الخَشَبِ مِنَ الأبوابِ والأبوابِ قُطِعَ فِي سِرْقَتِهَا؛ لِأَنَّ الصَّنْعَةَ فِيهَا غَلِبَتْ عَلَى الأَصْلِ، وَالتَّحَقُّقُ بِالصَّنْعَةِ بِالأَمْوَالِ النَّفِيسَةِ، وَخَرَجَتْ مِنْ أَنْ تَكُونَ تَافِهَةً، بِخِلَافِ المَتَّخَذِ مِنَ الحَشِيشِ والقِصْبِ؛ لِأَنَّ الصَّنْعَةَ لَمْ تَغْلِبْ فِيهِ، وَلَمْ تَتَضَاعَفْ قِيَمَتُهُ، فَلَا يُقَطَّعُ فِيهِ، حَتَّى لَوْ غَلِبَتْ فِيهِ الصَّنْعَةُ كَالْحَصِيرِ البَغْدَادِيِّ وَالجِرْجَانِيِّ يُقَطَّعُ فِيهَا، وَأَمَّا فِي الأبوابِ؛ فَإِنَّمَا يُقَطَّعُ إِذَا كَانَتْ مَجْرَدَةً فِي الحِرْزِ، فَكَانَتْ خَفِيفَةً لَا يَنْقَلُ حَمْلُهَا عَلَى الوَاحِدِ، حَتَّى لَوْ كَانَتْ مَتَعَلِّقَةً بِالجِدَارِ لَا يُقَطَّعُ فِيهَا؛ لِأَنَّهُ يَكُونُ سَارِقًا لِلحِرْزِ دُونَ المَحْرَزِ، فَصَارَ كسِرْقَةِ الحَارِسِ، وَكَذَا لَوْ كَانَتْ ثَقِيلَةً؛ لِأَنَّهَا لَا تَرْتَعِبُ فِي سِرْقَتِهَا. كَذَا فِي «التَّبْيِينِ».

(لَا فِي كَلْبٍ) أي: لَا يُقَطَّعُ فِي سِرْقَةِ كَلْبٍ، **(وَفَهْدٍ)** لِأَنَّ جِنْسَهَا مَبَاحٌ عَلَى الأَصْلِ غَيْرُ مَرْغُوبٍ فِيهِ، وَلَوْ كَانَ عَلَى الكَلْبِ طَوْقٌ ذَهَبٍ؛ فَعَلِيَ الخِلَافَ كَالصَّبِيِّ الَّذِي عَلَيْهِ حَلِيٌّ.

(وَإِنْتِهَابٍ) أي: لَا يُقَطَّعُ فِي إِنْتِهَابٍ، وَهُوَ الأَخْذُ عَلَى وَجْهِ العِلَاقَةِ قَهْرًا مِنْ ظَاهِرِ بِلَدَةٍ أَوْ قَرْيَةٍ، **(وَإِخْتِلَاسٍ)** وَهُوَ أَنْ يَأْخُذَ مِنَ اليَدِ بِسُرْعَةٍ جَهْرًا. **(وَإِخْيَانَةٍ)** وَهُوَ أَنْ يَخُونِ المَوَدَّعَ عَلَى مَا فِي يَدِهِ؛ لِقَوْلِهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لَا قَطْعَ عَلَى خَائِنٍ، وَلَا مَنْتَهَبٍ، وَلَا مَخْتَلِسٍ»¹.

(وَمِنْ بَيْتِ المَالِ وَالمَغْنَمِ) لِأَنَّ ذَلِكَ المَالُ لِلعَامَّةِ، وَهُوَ مِنْهُمْ. **(وَالْمَشْتَرِكِ)** أي: وَمِنَ المَشْتَرِكِ بَيْنَ السَّارِقِ وَالمَسْرُوقِ مِنْهُ؛ لِثُبُوتِ الشُّبُهَةِ بِاعتِبَارِ أَنَّهُ أَخَذَ مَالَهُ مِنْ وَجْهِ. **(وَأَصُولُهُ وَفُرُوعُهُ)** أي: إِذَا سَرَقَ مِنْ بِيوتِ أَصُولِهِ أَوْ فُرُوعِهِ مِنَ النِّسْبِ مَالٌ غَيْرُهُمْ، أَوْ سَرَقَ مَالَهُمْ مِنْ بِيوتِ غَيْرِهِمْ؛ لَا يُقَطَّعُ؛ لِجَرَيَانِ الانبِسَاطِ بَيْنَهُمُ بِالانتِفَاعِ فِي المَالِ وَالدخُولِ فِي الحِرْزِ. وَلَوْ سَرَقَ مِنْ أَصُولِهِ مِنَ الرِّضَاعِ أَوْ فُرُوعِهِ²؛ قَطْعٌ لِانعدامِ هَذَا المَعْنَى فِيهِمْ عَادَةً.

(وَنظَرُهُ فِي ذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ) أي: إِذَا سَرَقَ مِنْ بَيْتِ ذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ سِوَاةَ كَانِ المَسْرُوقِ مَالَهُ أَوْ مَالٍ غَيْرِهِ لَا يُقَطَّعُ عِنْدَنَا. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يُقَطَّعُ.

وَإِنَّمَا قِيدْنَا بِبَيْتِ ذِي رَحِمٍ؛ لِأَنَّهُ لَوْ سَرَقَ مَالُ ذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْ بَيْتِ غَيْرِهِ يُقَطَّعُ اتِّفَاقًا.

لَهُ: إِنَّ القَرَابَةَ هِيَ البَعْضِيَّةُ، وَقَرَابَةُ غَيْرِ الوَلَادِ غَيْرُ مَعْتَبَرَةٍ عِنْدَهُ كَمَا بُيِّنَ فِي فَصْلِ النِّفْقَةِ، فَصَارَ كَالصَّدِيقِ يَسْرِقُ مِنْ صَدِيقِهِ.

وَلَنَا: إِنَّهُ مَا ذُوُّ شَرْعًا فِي دِخُولِ حِرْزِهِ مِنْ غَيْرِ اسْتِئْذَانٍ، وَجَرَتْ العَادَةُ بِالانبِسَاطِ فِيهِ.

(وَأَحَدِ الزَّوْجَيْنِ مِنَ الآخَرِ) أي: إِذَا سَرَقَ أَحَدُهُمَا مِنْ بَيْتِ الآخَرِ أَوْ مِنْ مَالِهِ لَا يُقَطَّعُ عِنْدَنَا؛ لِوُجُودِ الانبِسَاطِ بَيْنَهُمَا فِي الحِرْزِ وَالمَالِ، وَكَذَا لَوْ سَرَقَ مِنْ مَعْتَدَتِهِ المَبْتُوتَةِ أَوْ سَرَقَتْ هِيَ مِنْهُ؛ لَا تُقَطَّعُ؛ لِأَنَّ الخِلَاطَةَ بَيْنَهُمَا قَائِمَةٌ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يُقَطَّعُ. اعْلَمْ أَنَّ المَفْهُومَ مِنْ بَيْتِ «الْمَنْظُومَةِ» فِي مَقَالَةِ الشَّافِعِيِّ، وَهُوَ:

وَيُقَطَّعُ السَّارِقُ مِنْ نِسْوَانِهِ ❁ مِنْ مَنْزِلٍ لَمْ يَكُنْ مِنْ مَكَانِهِ

أَنَّ خِلَافَهُ فِيمَا إِذَا لَمْ يَسْكُنْ فِيهِ؛ لِأَنَّهُ لَا تَأْوِيلَ لَهُ بِالدُّخُولِ؛ إِذْ لَوْ كَانَ سَاكِنًا مَعَهَا فِيهِ لَا يُقَطَّعُ اتِّفَاقًا؛ لِأَنَّهُ لَهُ تَأْوِيلًا فِيهِ، وَأَنَّهُ فِيمَا إِذَا سَرَقَ الزَّوْجُ مِنْ مَالِ زَوْجَتِهِ؛ لِأَنَّهَا لَوْ سَرَقَتْ مِنْ مَالِ زَوْجِهَا لَا تُقَطَّعُ اتِّفَاقًا. كَذَا فِي «شَرْحِهِ المَسْمُومِ بِالكَافِي»، وَأَنْتَ تَرَى المَصْنِيفَ أَطْلَقَهُ.

(وَلَوْ كَانَ مَحْرَزًا عَنْهُ) «لَوْ» هَذِهِ لِلوَصْلِ، أَي: وَإِنْ كَانَ مَالٌ أَحَدُهُمَا مَحْرَزًا وَمَمْنُوعًا مِنَ الآخَرِ، وَفِي هَذَا الكَلَامِ إِخْرَاجٌ لِمَذْهَبِ مَالِكٍ؛ لِأَنَّهُ قَالَ: مَالٌ أَحَدُهُمَا إِنْ كَانَ مَمْنُوعًا عَنِ الآخَرِ؛ فَسِرْقَتُهُ يَوْجِبُ القَطْعَ؛ إِذْ لَمْ يَبْقَ لَهُ تَأْوِيلٌ، وَإِلَّا فَلا. وَلَنَا: مَا بَيَّنَّا مِنْ ثُبُوتِ البَسُوطَةِ بَيْنَهُمَا.

وَلَوْ سَرَقَ مِنْ أَجْنَبِيَّةٍ، ثُمَّ تَزَوَّجَهَا قَبْلَ القَطْعِ؛ لَا يُقَطَّعُ؛ لِوُجُودِ الشُّبُهَةِ قَبْلَ الإِمْضَاءِ.

(وَالسَّارِقُ مِنْ بَيْتِ حَتْنَتِهِ) وَهُوَ زَوْجُ كَلِّ ذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ، **(أَوْ صَهْرِهِ)** وَهُوَ كَلُّ ذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْ امْرَأَتِهِ، **(لَا يُقَطَّعُ)** عِنْدَ

أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَ: يُقَطَّعُ؛ لِانعدامِ الشُّبُهَةِ فِي المَالِ وَالحِرْزِ.

وَلَهُ: إِنَّ الرِّجْلَ يَدْخُلُ دَوْرَ حَتْنَتِهِ وَصَهْرِهِ بِلَا إِذْنٍ عَادَةً، فَيُثْبِتُ فِيهِ شُبُهَةَ الإِذْنِ بِالدُّخُولِ أَوْ حَقِيقَتِهِ.

¹ سنن أبي داود، الحدود 14؛ سنن الترمذي، الحدود 18؛ سنن النسائي، قطع السارق 13.

² د: فرعه.

(والمؤجر من البيت المستأجر يقطع) أي: إذا سرق المؤجر من بيته الذي في يد المستأجر يقطع عند أبي حنيفة. وقالوا: لا يقطع.

قيد بالمؤجر؛ لأنه لو سرق المستأجر من المؤجر في بيت آخر؛ يقطع إتفاقاً.

لهما: إن المؤجر يدخل البيت الذي أجره للمرمة، فيثبت له الإذن، كما لو سرق من داره التي أعارها.

وله: إنه ممنوع عن الدخول بغير إذن المستأجر؛ لأن البيت المستأجر كالمملوك له في حق المنفعة، وأما الدخول للمرمة؛ فمباح بإذن المستأجر لا بغير إذنه.

(ولا قطع على السارق من غريمه مثل حقه) أي: من جنس الحق الذي كان له عليه؛ لأنه مستوف حقه.

قيد به؛ لأنه لو سرق من خلاف جنسه، كما إذا كان حقه دراهم، فسرق عروض غريمه؛ يقطع؛ لأنه ليس له ولاية الاستيفاء منها إلا ببعضها برضاء مالكها، وأما لو سرق دنائره، فليل: يقطع؛ لأنه خلاف جنس الدراهم. وقيل: لا يقطع؛ لأن جنس التقد يشملهما.

(مطلقاً) أي: سواء كان ذلك الحق حالاً أو مؤجلاً؛ لأن الحق ثابت على كل تقدير، سواء كان مثل قدر حقه أو أكثر منه؛

لأنه كان شريكاً بقدر حقه فيما سرق، ولا قطع في سرقة المال المشترك، وسواء كان مثل حقه في الجودة أو أجود منه؛ لانحداد الجنس. (ولا من سيده) أي: لا قطع على العبد السارق من سيده، (أو امرأة سيده، أو زوج سيده) لأنه مأذون له في الدخول عادة،

فتمكنت الشبهة في الحرز.

(ولا من مكاتبه) أي: لا قطع إذا سرق المولى من مكاتبه؛ لأن له حقاً في أكسابه، وكذا لو سرق المكاتب من مولاه لتزله

منزلة العبد.

(ومضيفه) أي: لا قطع إذا سرق الضيف من بيت من أضافه؛ لأنه مأذون له في دخول بيته، فكان فعله خيانة لا سرقة.

(وبيت) أي: لا قطع إذا سرق من بيت (مأذون في دخوله) كالخانات وحوانيت التجار. (وحمام) هذا تخصيص بعد التعميم؛

لأن البيت المأذون في دخوله يتناوله. (نهاراً) قيد به؛ لأنه لو سرق من الأمكنة المأذونة ليلاً يقطع؛ لأن الإذن مختص بالنهار.

وفي «التبيين»: هذا إذا كانت من مفتوحة الباب، وإن كانت مغلقة؛ يقطع وإن كان نهاراً في الأصح، وما جرت العادة بدخوله

في بعض الليل ملحقاً بالنهار، وأما المسجد؛ فمستثنى من الحكم؛ لأنه لو سرق منه ليلاً لا يقطع.

(ويقطع فيما أحرز بالحافظ) كمن جلس في الصحراء، أو المسجد، أو الطريق، وعنده متاعه، وهو محرر به (بمجرد أخذه)

لأن يد الحافظ يزول، فتتم السرقة. (ولو من مسجد، مستيقظاً كان) الحافظ (أو نائمًا) وقيل: لا يكون محرراً في حال نومه إلا إذا كان

متاعه تحت جنبه أو تحت رأسه. والصحيح هو الأول؛ لأن الناس يعدون النائم عند متاعه حافظاً، وعلى هذا إذا حفظ المودع أو المستعير

المتاع بمثل هذا الحفظ لا يضمن.

(وفي المحرز بالمكان بإخراجه) لأن السرقة لا تتم² قبل الإخراج؛ لقيام اليد عليه.

اعلم أن هذا الحرز أقوى من الحرز بالحافظ؛ لأنهما يشتركان في المنع عن وصول اليد إلى المال، لكن الحرز بالمكان يزيد

عليه من حيث إن المال مختفٍ فيه عن الأعين، فلا يُعتبر الحرز بالحافظ مع وجوده، حتى لو كان المأل محرراً بالمكان، وأذن بالدخول

فيه، فسرق منه وصاحبه عنده؛ لا يقطع؛ لأن الحرز بالحافظ لم يكن معتبراً مع الحرز بالمكان، وقد سقط بالإذن.

(والحفظ في الحمام معتبر) يعني: روي عن أبي حنيفة: أن من سرق ثوباً في الحمام نهاراً عند صاحبه يقطع، كما لو سرق

من المسجد وصاحبه عنده. (وظاهر المذهب إهداؤه) لأن الحمام بني لإحراز الأمتعة، فكان حرراً مكائياً، فلم يُعتبر فيه الحافظ،

بخلاف المسجد؛ لأنه ليس بحرز، وما بُني للإحراز أصلاً، فيعتبر⁴ فيه الحافظ كما في الطريق. (كما أفتى به) أي: محمد بظاهر

المذهب.

(وفيتي) أبو يوسف (بقطع التباش) وهو من نبش قبراً، وأخذ الكفن منه، سواء كان القبر في بيت مقفول أو في الصحراء، وهو

الصحيح. وقالوا: لا يقطع.

¹ د - جنس.

² د: يتم.

³ د: وكان.

⁴ د: فاعتبر.

له: قوله صلى الله عليه وسلم: «من نبش قطعناه»¹.

ولهما: قوله صلى الله عليه وسلم: «لا قطع على المختفي»²، وهو النباش بلغة أهل المدينة، وما رواه غير مرفوع، بل من كلام زياد؛ لأنه ذكر في آخره: من قتل عبده قتلناه، ولئن ثبت؛ فهو محمول على السياسة، ولأن الكفن ليس بمحرز بالميت ولا بالغير؛ لأنه ليس بحرز، ولهذا لو دُفِنَ فيه مالٌ آخر غير الكفن لا يُقطع سارقُه، مع أنَّ الكفن ليس بمال؛ لأن الطبايع السليمة لا تميل³ إليه. ولو سُرِق من البيت الذي فيه القبر مالٌ آخر غير الكفن؛ لا يُقطع أيضًا؛ لأنه يتناول بالدخول فيه لزيارة القبر.

(ولو نقب) السارق بيئًا، (ودخل، وناول المال) أي: أعطاه بإخراج يده من البيت (خارجًا) أي: من كان خارج البيت، (لم يُقطعًا) لأن القطع يجب بهتك الحرز والإخراج، ولم يوجد ذلك منهما⁴؛ لأن الخارج لم يوجد منه الهتك، والداخل وإن وُجد منه الإخراج بإخراج يده، لكنَّهُ بطل باعتراض يد الآخر عليه، فلم تتمَّ السرقة.

(فإن أدخل) الخارج (يده، فتناول منه) أي: أخذه من الداخل؛ (يأمر) أبو يوسف (بقطعهما) أما الدَّاخل؛ لأنَّ الهتك تمَّ منه، فصار المالُ مخرجًا بمعاونته، وأما الخارج؛ فلأنه أخرج المالَ⁵ من الحرز. (ويقطعه) أي: يأمر أبو يوسف (لو انفرد، فنقب وأدخل يده) وأخذ المتاع منه. وقالوا: لا يقطع.

له: إنَّه أخذ من الحرز، فيقطع فيه (كما لو أخذ من الكم أو الصندوق) نصابًا يقطع اتفاقًا.

ولهما: الفرق بين المقيس والمقيس عليه: بأنَّ الدخول في الكم والصندوق غير ممكن، فحرزه يهتك على الكمال بإدخال اليد فيه، وأما البيت؛ فالدخول فيه ممكن، وكما هتك حرزه بالدخول فيه، فإذا لم يدخل كان الهتك ناقصًا، فلا يُقطع.

(ولو ألقاه) أي: إذا نقب اللص بيئًا، ودخل، وأخذ المتاع، وألقاه خارج الدار، (ثم خرج، فأخذه؛ قطعناه) وقال زفر: لا يقطع؛ لأن نفس الإلقاء لا يوجب القطع، وكذا الآخذ من الخارج.

ولنا: إنَّ يده تثبت عليه بالأخذ، وبالرمي لم تزل يده عنه حكمًا، ألا يرى أنَّ من سقط منه مالٌ، فأخذه غيره ليرده على صاحبه، ثمَّ رده إلى موضعه؛ لم يضمن؛ لأنه في ذلك الموضع في يد صاحبه حكمًا؛ فإذا بقي يده حكمًا، وتأكد ذلك بالأخذ ثانيًا؛ يُقطع.

(ولو حملة) أي: السارق المتاع في الدار (على دابَّة، فساقتها حتى خرجت؛ قطع) لأن سائرها يُضاف إليه لسوقه، ولهذا يضمن السارق ما أتلف الدابَّة.

قيَّد بالسوق؛ لأنه لو لم يسقها، فخرجت بنفسه؛ لا يُقطع. ولو ألقاه في نهر في الدار، وأخرجه الماء بقوة جريه؛ لم يُقطع. وقيل: يقطع، وهو الأصح. كذا في «النهاية».

(وقطعنا جماعةً تولَّى بعضهم الأخذ) يعني: إذا دخل جماعة الحرز، وأخذ بعضهم المال وحمله وأخرجه؛ قطع الجميع عندنا. (لا هذا وحده) أي: قال زفر: يقطع الحامل وحده.

إنَّما قيدنا بدخول جميعهم؛ لأنه لو دخل واحد منهم، وأخرج المتاع بمعاونتهم؛ يقطع الحامل وحده.

له: إنَّ غير الحامل لم يأخذوا، فلا يقطعون.

ولنا: إنَّهم اشتروا في هتك الحرز والإخراج، وإن وُجد من الحامل صورة، لكنَّه وُجد من الجميع معنى؛ لعونهم على ذلك.

(ولو شقَّ الثوب) الذي سرقه في الحرز، (ثم أخرجته؛ لم يقطعه) أبو يوسف. وقالوا: يقطع.

اعلم أنَّ الخلاف فيما إذا كان الشق فاحشًا، واختار المالك أن يأخذ الثوب ويضمَّه النقصان، وأما إذا اختار أن يتركه على السارق، ويضمَّه قيمة الثوب صحيحًا؛ لا يُقطع اتفاقًا؛ لانعدام سبب الملك، وإن كان الشق يسيرًا؛ يُقطع اتفاقًا، ويضمن السارق قيمة النقصان.

هذا كله إذا بلغ قيمته بعد الشق عشرة دراهم، وإن لم تبلغ⁶؛ لا يُقطع اتفاقًا. كذا في «المصنف».

¹ التجريد للقدوري، 6001/11؛ السنن الصغرى للبيهقي، 300/7.

² لم نجد إلا في المبسوط للسرخسي، 159/9. وقال: الزبلي في نصب الراية 367/3 غريب. وقال: ابن حجر في الدراية (110/2): لم أجده هكذا. وقد روي من قول ابن عباس «ليس على النباش قطع»، انظر: مصنف ابن أبي شيبة، 487/14.

³ ح: يميل.

⁴ د: من كل منهما.

⁵ د - المال.

⁶ د: يبلغ.

له: إنَّ الشَّقَّ سببُ الضمان، والقطعُ معه لا يجتمعان.

ولهما: إنَّ القطعَ بالسرقة، وضمانَ النقصانِ بالشَّقِّ، وهو ليس بسرقةً، فلا يُوَدِّي إلى الجمعِ بينهما في جنايةٍ واحدةٍ.

(فصلٌ) في قُطَاعِ الطَّرِيقِ

ويستَمَى قطعُ الطَّرِيقِ إذا أُخِذَ فيه المَالُ: السَّرِقَةُ الكَبْرَى: أمَّا كَوْنُهُ سرقةً؛ فالأَنَّ القاطِعَ يأخذُ المَالَ خَفِيَةً مِمَّنْ إِلَيْهِ حَفِظَ الطَّرِيقَ، وهو السُّلْطَانُ. وأمَّا كَوْنُهَا كَبْرَى؛ فالأَنَّ ضررها عَامٌّ، ولهذا غَلِظَ الحُدُّ في حَقِّهِمْ، وشرطُ فيها ما شرطُ في السَّرِقَةِ الصُّغْرَى من: النصاب، وكوْنِ السَّارِقِ مِنَ الأَجَانِبِ، وشرطُ فيها أيضًا: أن لا يكونَ للقاطِعِ شركةٌ، وأن يكونَ بعيدًا من العُمُرَانِ مسيرَةً سَفَرٍ، وأن يكونَ في دارِ الإسلامِ، وأن يظفَرَ بهم الإمامُ قبل التوبةِ، وردَّ الأموالَ إلى أربابِها.

(إذا¹ خرج جماعةً) أطلقَ اسمَ الجماعةِ؛ ليتناولَ المسلمَ والكافرَ، والحرَّ والعبْدَ. (ممتنعون) أي: قادرُونَ على أن يمنعوا عن أنفسهم تعرُّضَ الغيرِ، (أو واحدٌ ممتنعٌ) أي: قادرٌ على المنعِ؛ لقوَّتِهِ وشجاعته. (لقطع الطَّرِيقِ، فأخذوا) أي: أخذهم غيرهم قبل أن يأخذوا مَالًا ويقتلوا نفسًا، (حَسِبُوا) وهو جوابٌ «إذا»، أي: حسبهم الإمامُ (ليتوبوا) وله أن يعزَّزهم مع الحبسِ؛ لأنَّهم ارتكبوا المنكرَ، وهو الإخافةُ.

(فإن أخذوا مَالًا مسلمٍ أو ذمِّيٍّ) قيَّدَ به؛ لأنَّهم لو أخذوا مَالَ المُستأمنِ لا يجبُ القطعُ. (ونصيبٌ² كلِّ نصابٍ) أي: إذا قسم المَالُ أصابَ كلٌّ واحدٍ منهم نصابَ سرقةٍ، وهو عشرةُ دراهمٍ، (فقطعت أَيْدِيَهُمْ) أي: أيما نهم، (وأرجلُهُمْ من خلافٍ) وردُّوا المَالَ القَائِمَ، وسقط عنهم ضمانُ الهالكِ. ولو جرحوهم مع أخذ المَالِ؛ يكتفى بالقطعِ، ويبطلُ حكمُ الجراحاتِ؛ لأنَّ حكمَ ما دون النَّفْسِ كحكمِ الأموالِ، فيسقط الضَّمَانُ.

هذا إذا أُخِذوا قبل التوبةِ، ولو تابوا قبل أن يؤخذوا، ثُمَّ أخذوا؛ لم يحدثوا، ويؤخذُ منهم المَالُ القَائِمَ، ويضمنُ الهالكُ.

(وإن قتلوا) بعضُ المارتين، ولم يأخذوا مَالًا (فقتلوا) أي: قتلهم الإمامُ (حدًا) أي: من جهة كونه حقَّ الله، (فلا يُلْتَفَتُ إلى عفو الأولياء) لأنَّ العفوَ إنَّما ينفذُ فيما هو حقُّ العافي، وهذا حقُّ الشَّرْعِ؛ لأنَّ المسافرِينَ في المفاوِزِ متَّكِلُونَ على أمانِ الله وحفظه، والتعرُّضُ لهم يكونُ جنايةً³ على حقِّ الله تعالى، ويكونُ الجزاءُ حَقَّهُ.

(وإن جمعوا) أي: إن قتلوا وأخذوا المَالَ من المارتين؛ (فالإمامُ) بالخيار عند أبي حنيفة (إن شاء جَمَعَ بين القطعِ والقتلِ أو الصَّلْبِ) يعني: إن شاء قطعَ أَيْدِيَهُمْ وأرجلَهُمْ من خلافٍ لأخذهم المَالِ، ثُمَّ قتلهم أو صلبهم للقتلِ، (وإن شاء اكتفى بالقتلِ أو الصَّلْبِ) أي: لا يقطعهم (كما قالوا) لأنَّ الحدودَ الخالصةَ يتداخلُ، فيدخلُ حدُّ ما دون النَّفْسِ في حدِّ النَّفْسِ، كما لو زنى محصنٌ وسرق فرجَم؛ يدخلُ حدُّ السَّرِقَةِ في الرجمِ.

وله: إنَّ هذه الجنايةُ وإن كانت متَّحدةً معنًى من جهة إنَّها قطعُ الطريقِ، لكنَّها متعدِّدةٌ صورةً، وهو أخذُ المَالِ وقتلُ النَّفْسِ بغيرِ حقٍّ، ولكلٍّ واحدٍ منهما موجبٌ عند الانفرادِ، ولقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيَهُمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلَافٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ﴾ [المائدة، 33/5]، فاللهُ تعالى ذَكَرَ في هذه الآيةِ أربعةَ أجزائيةٍ توزيعًا على الجنائياتِ الأربعِ من غيرِ تعيينٍ، فينبغي أن تقابَلَ الجنايةُ الغليظةُ بالجزاءِ الغليظِ، والخفيفةُ بالخفيفِ على مقتضى الحكمةِ الإلهيةِ، فيكونُ النَّفْيُ المذكورُ في الآيةِ جزاءً لجنايةِ خروجهم من غيرِ أخذِ المَالِ، والمرادُ من النَّفْيِ فيها: الحبسُ على ما فسَّره المفسِّرون؛ لأنَّ المحبوسَ كالمنفِيٍّ عن جميعِ الأرضِ، والقطعُ جزاءً لجنايةِ أخذهم المَالَ فقط، والقتلُ جزاءً لجنايةِ قتلهم من غيرِ أخذِ المَالِ، والقطعُ والقتلُ كلاهما جزاءً لجنايةِ قتلهم وأخذهم المَالِ، فالإمامُ يكونُ مخيَّرًا: إن شاء مَالٌ إلى جهةِ الاتحادِ، فيكتفى بالقتلِ، وإن شاء مَالٌ إلى جهةِ التعدُّدِ، فيجمعُ بين القطعِ والقتلِ. والجوابُ عما قالوا: إنَّ التَّدَاخُلَ إنَّما يكونُ في الحدودِ، والقطعُ والقتلُ ههنا حدٌّ واحدٌ يغلظُ لغلظِ سببهما⁴.

(ويأمر بالصَّلْبِ) أي: قال أبو يوسف: لا يتركُ الصَّلْبُ (مطلقًا) أي: سواءً قتل وأخذ المَالِ، أو قتل فقط (في روايةٍ) لأنه أدعى

للشُّهرةِ والاعتبارِ.

¹ د: وإذا.

² د: ويصيب.

³ د: خيانة.

⁴ د: سببها.

(ويُصلبُ حيًّا، ويبيعُ) أي: يشقُّ (بطئه برمح إلى أن يموت) لأن الصلب على هذا الوجه أبلغ في الرذع. (ولا يترك أكثر من ثلاثة أيام) لأن في تركهم إيذاءً للناس من نته. (ويقتلون مباشرة أحدهم) أي: إذا باشر القتل واحد منهم؛ أجرى القتل على جماعتهم؛ لأن ذلك الواحد يقوى بهم، فيكون القتل واقعًا منهم معني.

(وإن كان فيهم) أي: في القطع (صغير، أو مجنون، أو ذو رحم محرم من المقطوع عليه، أو أخذ بعد التوبة وقد قتل عمدًا؛ صار القتل إلى الأولياء) أي: إن شأوا استوفوه، وإن شأوا عفا عنه. قيل: هذا إذا كان القافلة مشتركين في المال؛ لأن الأخذ من الأجنبي ليس أخذًا من القريب إذا لم يشتركوا في المأخوذ، والأصح: أن الحكم عام؛ لأن مال جميع القافلة كشيء واحد، فإذا تمكّن الشبهة في أخذه بسبب ذي رحم محرم؛ تمكّن في الباقيين. كذا في «الإيضاح».

قيد بقوله: «بعد التوبة»؛ لأنهم لو أخذوا قبلها وقد قتلوا؛ ليس لولي القتل العفو، بل قتلهم الإمام حدًا لما مر. وإنما سقط الحد عنهم؛ لأن القافلة بمنزلة بيت واحد، فلو سرق من حرز فيه ذو رحم محرم وأجنبي؛ لم يقطع؛ لتمكّن الشبهة في الحرز، فكذا هنا. وأما إذا كان فيهم مستامن، فلو أخذ ماله؛ لا يقطع، ولو أخذ مال غيره؛ يقطع؛ لأن الشبهة تمكّنت في المأخوذ منه، لا في الحرز. وأما سقوطه إذا أخذ بعد التوبة؛ فلأن التائب مستثنى عن هذا الحكم في آخر الآية. اعلم أن هذا فيما إذا أخذ بعد التوبة وردّ المال، وأما إذا تاب ولم يرد المال، فليل: لا يسقط كما لا يسقط سائر الحدود بالتوبة. وقيل: يسقط، وإليه أشار في الأصل؛ لأن الله تعالى استثنى التائب في السرقة الكبرى، ولم يستثن في سائر الحدود. كذا في «المحيط». وكذا يسقط الحد عنهم إذا أخذوا قبل التوبة وقد قتلوا وأخذوا من المال إذا قسم لا يصيب لكل منهم نصيب، فالأمر في القصاص إلى الأولياء.

وفي «الفوائد الظهيرية»: هذه مسألة عجيبة من حيث إنهم إذا صدر منهم القتل فقط؛ لم يُلنّفث إلى عفو الأولياء، بل يقتلهم الإمام حدًا، وإذا وجد معه أخذ المال القليل؛ اعتبر فيه عفو الولي، لعل الوجه فيه: أنهم إذا أخذوا المال؛ عُرف أن مقصودهم كان أخذ المال، وأن إقدامهم على القتل كان للتمكّن من أخذه، فلما كان مقصودهم المال، ولم يُصَب لكل منهم نصيب؛ سقط الحد، وصار أمر القصاص إلى الولي، وإذا قتلوا فقط؛ عُرف أن مقصودهم القتل، فيقتلهم الإمام حدًا.

(ولو قطع الطريق بقرب العمران بمنعته، أو أخذ في المصر مالا مغالبة؛ لا نجعله قاطعًا، بل يُحسِن، ويؤدّب، ويُستردّ ما أخذ، ويتخيّر ولي القتل) إن شاء اقتص، وإن شاء عفا. وقال الشافعي: يكون قاطعًا، وهو القياس. قيد بقوله: «بمنعته»؛ لأنه لو لم يكن له منعة؛ ففي قرب العمران لا يكون قاطعًا اتفاقًا؛ لوصول الغوث إليه بهربه إلى العامر، وأما إذا كان له منعة وشوكة؛ كان قرب العامر كالبعد عنه في عدم الغوث، فيكون قاطعًا. ولنا: إن قطع الطريق حقيقة هو قطع المارين عنه، وذلك لا يتحقّق بفرب القرى؛ لأن أهلها يدفون ذلك بإلحاق الغوث. قال بعض: هذا الحكم مبني على عاداتهم؛ لأنهم كانوا يحملون السلاح مع أنفسهم في الأمصار، ويقدرّون على الدفع، وأما في زماننا؛ فهذه العادة متروكة، فيتحقّق قطع الطريق.

(كتاب الصيد والذبائح)

الصيدُ مصدرٌ: صَادَ يَصِيدُ، ويطلق على المصطاد، والمراد هنا: الاصطياد.

(يجوز صيد الحيوان الممتنع مطلقًا) أي: سواء كان¹ يؤكل لحمه أو لا.

قيد بالمتنع؛ لأن رمي غيره لا يكون صيدًا، فالبيع الممتنع يكون صيدًا، والظبي المربوط لا يكون صيدًا.

(بالسهم المحددة) لأنها آلات جارحة، (والجوارح) جمع جارحة، وهي الكاسية كالكلب والفهد وسائر السباع (المعلمة)

لقوله تعالى: ﴿وَمَا عَلَّمْتُمْ مِنَ الْجَوَارِحِ﴾ [المائدة، 4/5]. (كالباز يعود إذا دُعِيَ) يعني: البازي المعلم؛ هو الذي يعود إذا دعاه صاحبه بعد الإرسال، (والكلب يترك الأكل) يعني: الكلب المعلم؛ هو الذي لا يأكل ما أخذه بعد الإرسال مدّة؛ لأن تبدل طبيعته الغريزة. وهي الأكل عند الظفر بالمأكل. يدل على علمه.

¹ د - كان.

(وتقدير المدة إلى المعلم) عند أبي حنيفة؛ لأن المقادير لا يُعرف بالاجتهاد، ولا نصّ فيه، فيفوض إلى رأي من يعلمه؛ لأنه أعرف به من غيره. (وقالا: ثلاث مرّات) يعني: إذا ترك الأكل ثلاث مرّات؛ يكون معلماً عندهما، فيحل ما أخذه في المرّة الرابعة، وروي عنهما أيضاً: إنّه يحل الثألث. من «المحيط». (وهو رواية) عن أبي حنيفة؛ لأن التجربة تحصل بالكثرة، والثلاث كثير، كتجربة الخضر موسى عليهما السلام.

(وإذا أرسل المسلم أو الذميّ الجارح المعلم، أو رمى الصيد بالسهم (مسمياً) حالّ يفيد اقتران التسمية بالإرسال أو الرمي؛ لأنهما بمنزلة إمرار الشفرة في الذبح، فيشترط التسمية عنده كما في الذبح. (فجرح، فمات؛ حلّ) قيد المرسل بأن يكون مسلماً أو ذميّاً؛ لأن الصيد ذبح اضطراريّ، فأحدهما كان مشروطاً في الاختياريّ، فكذا في الاضطراريّ. وقيد بالجرح؛ لأن الذكاة الاختياريّة إنّما تحصل به.

(وإن خنقه) أي: الكلب الصيد (حرم) أكله؛ لانعدام الجرح. (وإن أدركه) أي: الصائد الصيد¹ (حيّاً؛ لا يحلّ إلا بالذكاة إذا تمكّن) أي: قدر أن يذبحه باختياره. قيد به؛ لأنه لو لم يتمكّن يحلّ بلا ذكاة؛ لأن قيام الرمي مع الجرح مقام الذبح كان للعجز عنه، فإذا قدر على الأصل بطل حكم البدل.

(ولو وقع) الصيد حيّاً (في يده، ولم يتمكّن) الصائد من ذبحه، (وحياته) أي: والحال أنّ حياة الصيد (فوق حركة المذبوح) بأن يتوهّم معها بقاؤه (حرم) أكله؛ لأنه قدر على الذكاة الاختياريّة. قيد بقوله: «فوق حركة المذبوح»؛ لأنه لو تحرك كاضطراب المذبوح، كما إذا وقع في يده بعد أن شقّ بطنه، وأخرج ما فيه؛ حلّ أكله؛ لعدم اعتبار تلك الحياة.

(والحلّ رواية) أي: روي عن أبي حنيفة في المسألة السابقة: أنّ أكله حلال؛ لأنه غير قادر على الذبح. (ولو ذكّي المنخقة، أو الموقودة) أي: المضروبة بالخشب، (أو المتردّية) أي: الساقطة عن مكان مرتفع، (أو التطيحة) أي: المضروبة بالقرن، (أو التي بقدر² الذنب) أي: شقّ (بطنها، وبها حياة؛ حلّت) في ظاهر الرواية. (وكونها) أي: كون الحياة (بحيث تبقى³ يوماً شرطاً في رواية) عن أبي حنيفة؛ لأنّ المنخقة وأخواتها إذا لم تكن بهذه الحالة لم يُدر أنّها ماتت بالذكاة أو بما أصابها من قتل، فيعتبر فيه زماناً مديداً، وهو يوم كامل. (ويعتبر أكثره) أي: أبو يوسف أكثر اليوم إقامة الأكثر مقام الكل. (لا فوق حياة المذبوح) أي: قال محمد: إنّ الباقي فيها من الحياة إن كان أكثر مما يكون في المذكي يؤكل، وإلا فلا؛ لأن قدر حياة المذبوح غير معتبر، فإذا زادت عليه يتيقن أنّها زالت بالذبح.

(وإذا وقع الصيد في الماء، أو على سطح، أو جبل، ثمّ تردّي) أي: سقط (على الأرض؛ حرم) أكله؛ لاحتمال أن يكون هلاكه من الماء أو من السقوط من عال، وكذا إذا وقع على شجرة، (لا على الأرض⁴) أي: إن وقع على الأرض (ابتداءً) حلّ؛ لأن الاحتراز عنه غير ممكن.

(فلو غاب) الصيد المجروح عن بصره، (فلم يقعد عن طلبه) أي: لم يشتغل الصياد بشيء آخر، بل اتّبعه، (فوجده ميتاً؛ نُحله) وقال الشافعي: لا يحلّ؛ لاحتمال أنّه مات بالتردي أو غيره.

ولنا: إنّ غيبوبة الصيد من البصر من ضرورات الاضطداد، ولو ثبت الحرمة به؛ يلزم انسداد بابه، واحتمال موته بامرٍ آخر موهوم، فأسقطنا اعتبار ما دام الصياد في طلبه للضرورة.

هذا إذا لم يوجد جراحة فيها سوى جراحة الكلب، أمّا إذا وُجد؛ فلا تحلّ اتّفاقاً؛ لأنه ظهر لموته سببان: أحدهما يوجب الحرمة، والآخر يوجب الحلّ، فيغلب المحرم.

وهنا مسألة يجب حفظها، وهي أنّه لو وضع في الصحراء منجلاً ليصيد به حمار الوحش، وسمّى عليه، وذهب، ثمّ جاء في اليوم الثاني وجمده مجروحاً ميتاً؛ لا يحلّ أكله. من «منية الفقهاء».

1 د: المصيد.

2 ح: نقر.

3 ح: يبقى.

4 د + ابتداء.

ولو وقع في حفرة حفرها المالك للماء؛ لم¹ يملكه، ولو حفرها للاصطياد؛ ملكه إذا وقع فيها. من «الحقائق».

(ولو أكل البازي مما صاده يحل) لأن جنته لا تحتل الضرب والتعليم على وجه يمسل لصاحبه، وفي كونه معلماً يكفي إجابته عند الدّعاء.

(ولو أكل الكلب لا نُحِلُّه مطلقاً) أي: سواء كان أكله نادراً أو كثيراً. وقال الشافعي: يحل؛ لأن الكلب آلة في العمل، فأكله لا يوجب الحرمة بعدما وقع عمله للمالك كالبازي.

ولنا: حديث عدي بن حاتم: أنه صلى الله عليه وسلم قال له: «كُلْ مما اصطاده كلبك المعلم إن أمسك عليك، وإن أكل منه؛ فلا تأكل»²، والكلب يحتمل الضرب والتعليم، فلا يكون كالبازي.

وفي «الحقائق»: محل الخلاف أن يأكله حالة الاصطياد؛ إذ لو أخذه منه صاحبه، ثم وثب الكلب وأخذ منه وأكل؛ يحل إتفاقاً؛ لأنه ما أكل من الصيد. ولو أكل دمه؛ يحل إتفاقاً. والفهد كالكلب.

(وهو) أي: أكل الكلب المعلم عند أبي حنيفة (محرم ما بقي من صيوده) المحرزة (من قبل) أي: من قبل أكله. وقالوا: لا يحرم.

قيدنا بالإحراز؛ لأن ما ليس بمحرز بأن كان في المفازة بعد؛ حرام إتفاقاً.

وقيد بقوله: «من قبل»؛ لأن ما أخذه من بعده حرام إتفاقاً، وما أكل منها؛ لا يظهر الحرمة فيه.

وفي «المحيط»: هذا إذا كان العهد قريباً بأخذه، أما إذا كان بعيداً بأن مضى شهر أو نحوه، وقد قدّ صاحبه تلك الصيود؛ لم تحرم إتفاقاً.

قيد بقوله: «ما بقي»؛ لأن ما خرج عن ملكه من صيوده المتقدمة غير حرام إتفاقاً.

وقيد بقوله: «من صيوده من قبل»؛ لأن الصيد الذي أكل منه حرام إتفاقاً.

لهما: إن الكلب كان أمسك علينا الصيود المتقدمة، فتحل لنا؛ لقوله تعالى: ﴿فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ﴾ [المائدة، 4/5].

وله: إن أكله يدل على خطفنا في الحكم بعلمه، فيحرم ما اصطاده من قبل؛ لكونه غير معلّم.

(ولو شاركه) أي: الكلب المعلم في الجرح (أهلي) أي: كلب غير معلّم، (أو غير مسمّى عليه) أي: لو شاركه كلب ترك التسمية عليه وقت الإرسال (عمداً، أو كلب مجوسيّ، أو أصابه المعراض) وهو السهم الذي لا ريش له (بعرضه، ولم يجرحه، أو مات) الصيد (من بندقة، أو حجر) إذا رماه الصائد بهما (حرم) أما حرمة في صورة المشاركة؛ فلأن جرح الكلب الثاني محرم، وجرح الأول مبيح، فلما اجتماعاً رُجِحَ جانب الحرمة احتياطاً.

وإنما قيدنا المشاركة بأن يكون في الجرح؛ لأن الكلب الثاني لو شاركه في الأخذ بأن ردّ الصيد على الكلب الأول، ولم يشاركه في الجرح؛ لا يحرم، ولكن يكره؛ لاشتراكه في الأخذ، ولو ردّه على الكلب الأول المجوسيّ بنفسه؛ لا يكره؛ لأن فعله لا يناسب فعل الكلب، ولا يتحقق المشاركة.

وأما في صورة الإصابة؛ فلانعدام شرط الحل، وهو الجرح.

وأما في صورة الرمي ببندقية ونحوها؛ فلأن الميت منها صار في الموقودة.

(فإن جرحه الحجر، وكان خفيفاً، وبه حدّ) بكسر الحاء، أي: حدّ (حلّ) لعلنا أن موته من الحدّة، لا من الثقل، وإن شككنا فيه لا يحل عملاً بالاحتياط.

(ولو أرسله على صيد، فأخذ غيره) أي: غير ما أرسل عليه (من غير عدول ولا مكث؛ نُحِلُّه) وقال الشافعي: لا يحل.

قيد بهما؛ لأنه لو انصرف عن طريقه يميناً وشمالاً أو مكث؛ لا يحل إتفاقاً؛ لانعدام حكم الإرسال الأول.

له: إن الإرسال شرط، ولم يوجد؛ لأنه أخذ غير ما أرسله صاحبه.

ولنا: إن الشرط بالنص هو الإرسال المطلق، وشرط التعيين يكون زيادةً على النص، فلا يجوز.

وكذا الخلاف فيما لو قتل غير ما أرسل عليه، ثم قتل صيداً آخر من غير مكث بينهما؛ حلّ عندنا؛ لأن الإرسال الأول لم ينقطع، كما لو رمى صيداً، ونفد إلى آخر، فإنهما يحلّان.

¹ د: ولم.

² صحيح البخاري، الوضوء 32؛ سنن الترمذي، الصيد 6، بمعناه.

وفي «المحيط»: إذا كمن الكلب أو الفهد في إرساله، ثم وثب عليه، فقتله؛ يحل؛ لأن هذا من عادة الجوارح ليمتكنوا به من أخذ الصيد.

(ولو رماه، فأبان) أي: قَطَعَ من الصيد (عضواً؛ نحرِمُ المبانَ) أي: لا يؤكَلُ العضوُ المقطوعُ عندنا. (لا إن كان بجرح غير مدقّفٍ) أي: قال الشافعي: إن أبانته بجرح غير قاتلٍ في الحال؛ فالمبانُ حرامٌ؛ لأنه لم ينقطع بذكاة الاضطرار، وإن أبانته بجرح قاتلٍ في الحال؛ فالعضوُ حلالٌ؛ لأنه انقطع بذكاة الاضطرار، فصار كما لو انقطع الرأسُ بذكاة الاختيار.

ولنا: قوله صلى الله عليه وسلم: «ما أبين من الحيِّ فهو ميتٌ»¹، والصيدُ المبانُ منه حيٌّ حقيقةً؛ لوجود الحياة فيه، وحكمًا؛ لأنه يُتوهَّمُ بقاؤه.

(ولو قدّه) أي: قطع الصيدَ (نصفين أو أثلاثاً، والأكثرُ مؤخَّرٌ) أي: والحالُ أنَّ عجزَ الصيدِ وآخِرَه هو الأكثرُ، (أو نصف رأسه، أو أكثره) أي: أو قدَّ نصفَ رأسه أو أكثره (أَكْلاً) أي: المبانُ والمبانُ منه؛ لأن المبانَ منه حيٌّ صورةً لا حكمًا؛ إذ لا يتوهَّمُ بقاء الحياة بعد هذا الجرح.

يُعرفُ مما² تقدّمَ: أنه لو قطع ثلثه أو كان الأقلَ مما يلي العجزَ أو قطع أقلَّ من نصف الرأسِ؛ يحرمُ المبانُ، ويحلُّ المبانُ منه. وفي «المحيط»: لو رماه رجلٌ، وأخذَه آخرٌ؛ فهو للزَّمي؛ لأنه بالزَّمي صار آخذًا.

(وإن أتخن صيدًا) أي: جعله ضعيفًا وعاجزًا عن الامتناع (برميه) ولكن يرجى حياته، (ثم رماه آخرٌ، فقتله؛ حُرْمٌ) لأن ذكاته صارت اختياريةً بالإتخان، فلم يكن الرَّميُ الثاني ذكاةً له، (فيضمن للأول قيمته إلا نقص جرحه) يعني: الأولُ ملكُ الصيدِ بإتخانه، والثاني برميه أتلَفَ ملكه، فيضمن قيمته معيبًا بالجراحة.

قيدنا بقولنا: «ترجى³ حياته»؛ لأنه لو لم ترج⁴ حياته بأن قطع بالرَّمي الأول رأسه، أو بقر⁵ بطنه، أو نحوهما؛ يحلُّ أكله؛ لأن الموتَ مضافًا إلى الأول لا الثاني.

(وإن لم يُتخَنه الأول) ورماه الثاني، فقتله؛ (حلَّ) أكله؛ لأنه حين رمى الثاني كان صيدًا؛ لقدرتَه على الامتناع. (فكان) الصيدُ (للثاني) لأنه هو الذي أخذ، أو أخرجه عن الامتناع، وقد قال صلى الله عليه وسلم: «الصيدُ لمن أخذه»⁶.

(وإن كان رَميًا معًا، فسبق أحدهما) أي: أصاب سهمٌ أحدهما قبل الآخر، (وأتخنه، ثم لحق الآخر) أي: أصاب السهمُ الآخرُ، (فقتله؛ كان للأول) لأنه هو الذي أحرزه بإتخانه.

(وحكمنا بحلِّه) وقال زفر: لا يحلُّ أكله؛ لأنه لم يكن صيدًا حين أصابه السهمُ الثاني، فلا يكون جرحه ذبحًا اضطراريًا كما لو تعاقبا في الرَّمي.

ولنا: إنّه كان صيدًا وقت رميها، والمعتبرُ في الحلِّ حالُ الرَّمي؛ لأنه فعلٌ، كما مرَّ المدكِّي في الذكاة الاختيارية، بخلاف ما إذا تعاقبا؛ لأن الإِتخَانَ حصل له بإصابة السهم الأول، وإنما صادفَه السهم الثاني حال كونه غيرَ صيدٍ، وأمَّا حال الإصابة؛ إنَّما يُعتبرُ في الملك؛ لأنه يحصلُ بالإحراز، والإحرازُ يحصلُ بالإصابة، لا بنفس الرَّمي.

(أو رمى ذئبًا) أي: رمى على قصدِ أنه ذئبٌ، أو أسدٌ، أو خنزيرٌ، (فسمي⁷، فأصاب ظبيًا؛ أجزنا أكله) وقال زفر: لا يجوزُ؛ لأن هذه الحيوانات ليست بصيودٍ، ولهذا لا يجب بقتلهنَّ على المحرم جزاءً، فصار كما لو رمى إنسانًا أو كلبًا، فأصاب صيدًا.

¹ لم نجده بهذا اللفظ إلا في التجريد للقدوري، 6288/12؛ وقد روي بلفظ: «ما قطع من البهيمة وهي حية فهي ميتة»، انظر: سنن أبي داود، الضحايا 23-24؛ سنن الترمذي، الأطعمة 4؛ سنن ابن ماجه، الصيد 8.

² د: ما.

³ ح: يرجى.

⁴ ح: يرجى.

⁵ ح: نقر.

⁶ لم نجده إلا في المبسوط للسرخسي، 212/2، 154/9. وقال: الزبلي في نصب الراية 318/4: غريب؛ وقال: ابن حجر في الدراية 256/2: لم أجد له أصلًا.

⁷ د: وسمي.

ولنا: إنَّ تعريفَ الصيدِ . وهو ما يتوخَّشُ ولا يؤخَذُ إلا بحيلةٍ . صادقٌ على هذه الحيوانات، فصار رامياً إلى صيدٍ، فجاز أكله، كما لو رمى حماز وحشي، فأصاب صيداً. وعدمُ وجوب الجزاء في الذَّبِّ؛ لأنه في معنى الفواسق الخمس، لا لأنه ليس بصيدٍ، وفي قتل الخنزير والأسد جزاءً إذا لم يوجد الصيالُ فيهما، بخلاف ما لو رمى إلى إنسانٍ؛ لأنه ليس بصيدٍ.

(فصلٌ في الذَّبائح)

جمعٌ ذبيحةٌ، وهي المذبوحةُ.

(يَذَكِّي اختياراً) أي: في حالة الاختيار (في الحلق واللَّبَّة) وهي النحرُ، يعني: فيما بينهما؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «الذَّكَاةُ ما بين اللَّبَّةِ واللَّحْيَيْنِ»¹، أراد به: موضعُ الذَّكَاةِ، وهي قطعُ عروقٍ معلومةٍ سيأتي بيانهُ. وفي «الذخيرة»: إذا وقع الذبيحُ أعلى من الحلقومِ يحلُّ؛ لكونه ما بين اللَّبَّةِ واللَّحْيَيْنِ. (واضطراراً بالجرح أين اتَّفَق) أي: في أيِّ موضعٍ كان من البدن، فأقيم ذلك مقامَ الذبيح؛ لثبوت العجز عنه، والشأءُ إذا نَدَّتْ في المصر؛ لا يكون كالصيد؛ لإمكان أخذها، وكلُّ من البقر والبعير إذا نَدَّ فيه أو في الصحراء يكون صيداً. (ونشترطُ التَّسميةَ فيهما) أي: في الاختيارِ والاضطرارِ. وقال الشافعيُّ: هي مستحبَّةٌ؛ إذ لو كانت شرطاً؛ لَمَا سقطتُ بالنسيان.

ولنا: قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يُذَكَّرِ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ﴾ [الأنعام، 121/6]، والنهيُّ يقضي الحرمةَ. اعلم أنَّ الشرطُ هو الذَّكْرُ الخالصُ؛ لقول ابن مسعود رضي الله عنهما: جَزَدُوا التَّسميةَ، حتى لو قال حالُ الذَّبْحِ: اللهم اغفر لي؛ لا يحلُّ. ولو قال: الحمد لله، أو سبحان الله يريد به التَّسميةَ؛ خلَّ. ولو عطس، وقال: الحمد لله؛ لا يحلُّ في الأصحِّ؛ لأنه يريد به: الشكرُ على النعمة.

(وإن تَرَكَها ناسياً حلٌّ) لقوله صلى الله عليه وسلم: «تسميةُ المؤمن في قلبه»². (ويكره أن يذكر مع اسم الله غيره) كما إذا قال: بسم الله محمد رسول الله بالرُّفْعِ. إنَّما كره؛ لوجود الوصل صورةً، ولم يحرم؛ لانتفاء الاشتراك بالعطف. (فإن وصل وعطف حُرْمٌ) لوجود الشَّرْكَةِ بالعطف، كما إذا قال: بسم الله ومحمد رسول الله بالجرِّ. قيل: ولو رفعٍ يحلُّ؛ لأنه مبتدأ، لكنَّ الأوجه: أن لا يعتبر الإعرابُ، بل يحرم مطلقاً بالعطف؛ لأن كلامَ الناس اليوم لا يجري عليه. قيَّد بقوله: «مع اسم الله»؛ لأنه لو ذكر غيرَ الله قبل التَّسميةِ أو بعد الذَّبْحِ؛ لا يكره؛ لقوله صلى الله عليه وسلم بعد الذَّبْحِ: «اللهم تقبَّلْ هذا من أُمَّةٍ محمد»³.

قال بعضُ العلماء: من اعتقد إباحتَ متروكة التَّسميةِ عامداً يكفرُ؛ لأن حرمةً ثابتةً بدليلٍ مقطوعٍ به، وهو الكتابُ أو إجماعُ السلفِ.

قال مجذ الأئمة السرخسيُّ: إلا أنَّنا لا نكفِّرُهُم؛ لأنَّهم يقولون بتأويلٍ، والكفرُ يُدرأُ بأقلِّ ما يُدرأُ به الحدودُ، فإنَّ الشُّكران إذا زنى أو سرق يحدُّ، ولو ارتدَّ لا يكفرُ.

وقال علماؤنا: القاضي لو قضى بجواز بيعه لا ينفذُ قضاؤه. من «الحقائق». وفي «الخلاصة»: لو سمَّى وحدد الشُّفرةَ، أو انقلبت الشأءُ، وقامت من مضجعتها، ثم أعادها إلى مضجعتها؛ انقطعت التَّسميةُ، ولا يؤكَلُ⁴.

(ولا يحلُّ ذكاة غير المسلم والكتابي) حلُّ ذبيحة الكتابيِّ ذمياً كان أو حربياً؛ لقوله تعالى: ﴿وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَلٌّ لَكُمْ﴾ [المائدة، 5/5]، والمرادُ منه: مُذَكَّاهم؛ لأن الطعمَ الغير المذَكِّي يحلُّ من أيِّ كافرٍ كان. وحُرْمُ ذبيحة المجوسيِّ؛ لقوله صلى الله

¹ لم نجده إلا في المبسوط للسرخسي، 221/11؛ والعلل الصغير للترمذي، 748/5؛ وعلل الدارقطني، 177/9. وقد وري من قول سعيد بن المسيب في الأصل للشيباني، 355/5. وقال: الزيلعي في نصب الراية 185/4: غريب بهذا اللفظ، وقال: ابن حجر في الدرابة 207/2: لم أجده.

² لم نجده بهذا اللفظ، وقد روي عن ابن عباس قوله: «إن في المسلم اسم الله»، انظر: مصنف عبد الرزاق، 479/4. وفي رواية: «اسم الله عز وجل في قلب كل مسلم فليأكل»، في رواية أخرى قال: «إن المسلم ذكر الله في قلبه»، انظر: بدائع الصنائع للكاساني، 47/5.

³ صحيح مسلم، الأضاحي 19؛ سنن أبي داود، الضحايا 3-4.

⁴ د - وفي الخلاصة...

عليه وسلم: «سُنُّوا بِهِمْ سَنَةَ أَهْلِ الْكِتَابِ غَيْرَ نَاكِحِي نَسَائِهِمْ، وَلَا أَكَلِي ذَبَائِحِهِمْ»¹. وكذا لا تحلُّ ذبيحة المرتدِّ لانعدام ملته؛ لأنه ترك الملة التي كان عليها، والتي انتقل إليها لا يقتر عليها، ولهذا لا يجوز نكاحه.

(ولو تولد من مجوسٍ وكتابيٍّ) ولد، فذبح (نجيزٌ ذبحه) وقال الشافعيُّ: لا يجوز؛ لأنه جزء المجوسيِّ، وهو محرَّم، فيرجح على المبيح.

ولنا: إنَّه كتابيٌّ؛ لأن الولد يتبع خير الأبوين دينًا.

(ويسنُّ نحرُ الإبل) وهو قطعُ العروق في أسفل العُنُق عند الصَّدْر، (وذبحُ البقر والشاة، ويكرهُ العكس) أي: نحرُ البقر وذبحُ الإبل؛ لمخالفة السُّنة (بغير ضرورة). ولم يحرموها لذلك) أي: للعكس لغير ضرورة. وقال مالكٌ: الذبيحة بالعكس حرامٌ؛ لوقوع المخالفة للسُّنة المتواترة.

ولنا: قوله صلى الله عليه وسلم: «ما أنهر الدمَ ودُكِرَ اسمُ الله عليه؛ فكُلٌّ»²؛ لأن العجز عن الأصل إذا ثبت عُديلٌ إلى بدله، وهو الجرح، كما إذا وقع البقر³ في البئر.

قيَّد بقوله: «بغير ضرورة»؛ لأن الذبيحة للعكس بضرورةٍ حلالٌ اتِّفاقًا.

(ويذبح ما استأنس من الصيد) لأن الذكاة الاختيارية أصلٌ، فلا يترك عند القدرة، (ويجرح ما استوحش من النعم، ويقطع الحلقوم) وهو مجرى النَّفس، (والمريء) وهو مجرى الطَّعام والشراب، (والودجان) وهما عرقان يجري الدَّم فيهما. (ولم نكنف بأولين) يعني: إذا قطع الحلقوم والمريء لا يكفي في الذَّبْح عندنا. وقال الشافعيُّ: يكفي؛ لأن الحياة يزولُ بذلك، وهو المقصود من الذَّبْح.

ولنا: قوله صلى الله عليه وسلم: «أفر الأوداج بما شئت»⁴، إنَّما جمعُ الوَدَجِ تغليبا على الحلقوم والمريء.

ولو ذبح شاةً، ولم يسلم الدم منها، ولم يتحرَّك؛ لا يحلُّ أكله، وإن وُجد أحدهما حلًّا. هذا إذا لم يُعلم حياته وقت الذبح، وإن عُلم؛ حلٌّ وإن لم يتحرَّك ولم يسلم منها دمٌ. من «النوازل».

(قطع⁵ أكثرها مطلقًا) أي: أيُّ ثلاثٍ كان (كافٍ) عند أبي حنيفة؛ لأنه يحصلُ بقطع الأكثر ما يحصلُ بقطع الكلِّ من إزهاق الروح وإنهار الدَّم. (ويشترط) أبو يوسف (قطع إحدى الوُدَجين معهما) أي: مع الحلقوم والمريء؛ لأن كلاً منهما مخالفٌ للآخر، فلا بُدَّ من قطعهما، وأمَّا الودجان؛ فالمقصود من قطعهما: إنهاءُ الدم، فينبوُّ أحدهما عن الآخر. (لا الأكثر من كلِّ منهما) يعني: المعتبر عند محمدٍ قطع أكثر كلِّ من هذه الأربعة؛ لأن كلَّ واحدٍ منها منفصلٌ عن الآخر، والأمرُ ورد بقطعه، فقام الأكثر مقامَ الكلِّ. وفي «خلاصة الفتاوى»: لا بأس بالذَّبْح في الحلق كِلِّه، وأعلاه وأسفله وأوسطه⁶.

(ويجوز) الذَّبْح (بما أنهر الدَّم) أي: أخرجه، (إلا الظفر والسِّنَّ القائمين) لما روي أنَّه صلى الله عليه وسلم قال لرافعٍ: «كلُّ ما أنهر الدَّم ودُكِرَ اسمُ الله عليه ما لم يكن سنًّا أو ظفرًا، فإنَّهما مُدَيَّ الحيشة»⁷، فإنَّهم كانوا يذبحون بهما قائمين إظهاراً للجلادة. (ونجيزه بهما) أي: بالسِّنِّ والظفر (منزوعين، ويكره) وقال الشافعيُّ: لا يجوز؛ لأنه فعلٌ غير مشروع، فلا يكون ذكاةً، كما لو ذبح بهما غير منزوعين.

ولنا: إنَّ المنزوع آله جارحةٌ، فيجوز الذَّبْحُ به، كما لو ذبح بحجرٍ محدِّدٍ. وإنَّما كره؛ لانعدام إحسان الذَّبْح، وأمَّا المذبوح بالقائمين؛ فإنَّما لم يجز؛ لاحتمال أن يحصل الموتُ فيه من الثَّقَل، فيشبهه المنخنقة.

¹ موطأ مالك، 395/2؛ مصنف ابن أبي شيبة، 71/7؛ مصنف عبد الرزاق، 68/6. وزيد في الهداية للمرغاني 188/1: «غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم». وهذا اللفظ روي عن النبي في مصنف ابن أبي شيبة 118/9 بلفظ: «أن النبي صلى الله عليه وسلم كتب إلى مجوس أهل هجر يعرض عليهم الإسلام فمن أسلم قبل منه ومن لم يسلم ضرب عليه الجزية غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم».

² صحيح البخاري، الذبائح 15، 18؛ صحيح مسلم، الأضاحي 20.

³ د: البقرة.

⁴ لم نجد هذا اللفظ إلا في الهداية للمرغاني، 348/4؛ وقد روي بلفظ: «أمر الدم بما شئت واذكر اسم الله عليه»، انظر: سنن أبي داود، الضحايا، 14-

15؛ سنن ابن ماجه، الذبائح 5؛ بلفظ: «أهرق الدم بما شئت واذكر اسم الله تعالى»، انظر: سنن النسائي، الصيد 20.

⁵ د: فقطع.

⁶ د - وفي خلاصة الفتاوى...

⁷ صحيح البخاري، الشركة 3؛ الذبائح 15، 18؛ صحيح مسلم، الأضاحي 20.

(ويستحب أن يحد شفرته) وهي سكينٌ عظيمٌ. (ويكره أن يبلغ بها) أي: بالشفرة (النخاع) وهو عرقٌ أبيضٌ في عظم الرقبة؛ لنهاه صلى الله عليه وسلم عنه¹. (أو بقطع الرأس، أو يبتدئ) في القطع (من الفقا وهي حيةٌ إلى قطع العروق).
 قيّد بقوله: «وهي حيةٌ»؛ لأنها لو ماتت² قبل قطع العروق؛ لا يحل؛ لأنها تكون ميتةً.
 (والجنين الميت لا يؤكل) عند أبي حنيفة إذا دُبِحَتْ أمه. (وقالا: إن تم خلقه أكل) لأنه جزءٌ أمه يتغذى بغذائها، فيتدكّى بذكاتها.

وله: إنه يحتمل أن يكون ميتاً بذبح أمه، وأن يكون ميتاً قبله، فلا يحلُّ بالشكِّ.
 أقول: لو قال: والجنين الميت التامُّ الخلق لا يؤكل؛ لم يحتج إلى إرداف قولهما.
 (وإذا ذبح غير مأكولٍ طهر لحمه وجلده) لأن بالذكاة يزول الرطوبات المنجسة، فيطهر كما في الدباجة. (إلا المحترم ونجس العين) لم يعمل فيهما الذكاة؛ لكرامة الأدمي وإهانة الخنزير، كما لم يعمل الدباجة في جلدتهما.
 (فصل) فيما يحرم أكله

(ويحرم كلُّ ذي مخلبٍ) أي: ظفرٍ (من الطير) كالبازي والنسر وغيرهما، (وذي نابٍ من السباع) وهو بيانٌ لكلا³ النوعين، السبع: كلُّ جارحٍ ومنتهبٍ عادةً.

(والحشرات كلها) كالذباب والعقارب والفأرة ونحوها؛ لأنها من الخبائث، قال الله⁴ تعالى: ﴿وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثَ﴾ [الأعراف، 157/7]. (والحمر الأهلية والبغال) لنهاه صلى الله عليه وسلم يوم خيبر عن لحوم الحمر الأهلية⁵، والبغال متولّد منها، وكان في حكمها، ولو كان البغال متولّدًا من الرمكة يكون لحمه كلحم الفرس على الخلاف.
 (وكذا الخيل) يعني: يحرم أكل لحمه عند أبي حنيفة. وقالا: لا يحرم؛ لما روي أنّ النبي صلى الله عليه وسلم أذن في لحم الخيل يوم خيبر⁶.

وله: قوله تعالى: ﴿وَالْخَيْلُ وَالْبِغَالُ وَالْخَمِيرُ لَيْسَ بِكُفْرًا﴾ [النحل، 8/16]، امتنَّ الله عباده بركوبها، ولو كانت مأكولةً لامتنَّ به؛ لأن الحكيم لا يمتنُّ بأدنى النعم مع وجود أعلاها.
 أقول: يفهم من المتن: أنّ لحم الخيل حرامٌ عنده، لكن المذكور في «الهداية»: مكروهٌ كراهةً تحريم، وفرقٌ بين الحرام وكراهة التّحريم؛ لأن فاعل الأول معاقب في الآخرة دون الثاني.
 ذكر الإمام الإسيبجاني: الصحيح: أنّه مكروهٌ كراهةً تنزيه.
 حكي عن عبد الرحيم الكرمي أنّه قال: كنت متردّدًا في هذه المسألة، فرأيت أبا حنيفة في المنام يقول لي: كراهة التّحريم يا عبد الرحيم. من «الحقائق».

(ويكره الرّخم) بفتح الراء المهملة والخاء المعجمة، يقال له بالترك: قرتل، (والبغاث) وهو طائرٌ صغيرٌ يشبه العصفور، (والغراب) لأنها يأكل الجيف، فالتحقّت بالخبائث.
 (ويجوز غراب الرّزق والأرنب) لما روي أنّه صلى الله عليه وسلم أكل الأرنب حين أهدى إليه مشويًا⁷. (والجراد) لما روي أنّه صلى الله عليه وسلم قال: «أجلت لنا ميتتان⁸: السمك والجراد»⁹.

¹ المعجم الكبير للطبراني، 248/12 بمعناه، ولفظه: «نهى رسول الله عن الذبيحة أن تفرس». وفي المبسوط للسرخسي 226/11 «أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن أن تنزع الشاة إذا ذبحت».

² د: كانت.

³ ح: لكل.

⁴ د - الله.

⁵ صحيح البخاري، الذبائح 36؛ صحيح مسلم، الصيد 36.

⁶ صحيح البخاري، الذبائح 28؛ صحيح مسلم، الصيد 23، 24.

⁷ سنن أبي داود، الأطعمة 26؛ سنن الترمذي، الأطعمة 2.

⁸ د: حلت لنا ميتتان.

⁹ سنن ابن ماجه، الصيد 9؛ مسند أحمد بن حنبل، 97/2؛ مسند الشافعي، 340/1. وفيه كلمة: «الحوث» مكان «السمك».

(ونَحْرِمُ الضَّبَّ والضَّبْعَ والنَعْلَبَ) وقال الشافعي: يحل؛ لِمَا روي أَنَّهُ صلى الله عليه وسلم أحلَّ هذه الحيوانات حين سئل عنها¹.

ولنا: ما روي أَنَّهُ صلى الله عليه وسلم نهى عائشة عن أكل الضبِّ حين سألته²، وعن أكل الضبع والنعلب من السباع³. وفي «الحقائق»: الخطافُ واليومُ يؤكل، والخفاشُ قيل: يؤكل، وقيل: لا. ولو أنَّ جدًّا غَدِّي بلبين الخنزير؛ لا بأس بأكله، وكذا الدجاجةُ المخلاةُ، وما روي أَنَّهُ صلى الله عليه وسلم قال: «تحبسُ الدجاجةُ المخلاةُ ثلاثة أيام، والإبلُ الجلالةُ⁴ شهرًا، والبقرُ عشرين يومًا، والشاةُ عشرة»⁵ محمولٌ على أَنها لا يأكل⁶ إلا الحيفة، ووجد منها رائحةً منتنةً، ولا يشرب لبنها، ولا يؤكل لحمها، وتلك حائلها، ويكره بيعها، وعرقها نجسٌ.

(ولا نحلُّ من حيوان الماء إلا السمكَ والماراهي) يقال له بالتركي: ايلن بلق، (والجرث) بكسر الجيم وتشديد الراء، يقال بالتركي: سزن بلق. وقال الشافعي: جميعُ حيوانات البحر حلالٌ؛ لقوله تعالى: ﴿أَجَلٌ لَكُمْ صَيْدُ الْبَحْرِ﴾ [المائدة، 96/5]. ولنا: قوله تعالى: ﴿وَيُحْرِمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثَ﴾ [الأعراف، 157/7]، والطبائعُ السليمةُ تستحبُّ⁷ غيرَ السمك، وما روي أَنَّهُ صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع السرطان⁸. والخلافُ في الأكل والبيع واحدٌ، والمرادُ بالصيد في الآية: الاصطيادُ، ولا يلزم منه حلُّ الأكل. (ونكره الطافي منه) أي: الذي مات بغير آفةٍ معلومةٍ من السمك. وقال الشافعي: لا يكره الطافي¹⁰؛ لإطلاق ما تمسك به من الآية.

ولنا: ما روي أَنَّهُ صلى الله عليه وسلم قال: «ما لفظه البحرُ - أي: رماه - فكلُّ، وما نضب عنه الماءُ - أي: ذهب وتبغد - فكلُّ، وما طفا فلا تأكل»¹¹، والضابطُ فيه: أن ما كان سببُ موته معلومًا من رمي البحر أو انكشافه يؤكل، وإلا فلا. وإن مات من شدةِ حرِّ الماء أو برده قيل: يؤكل؛ لأن سببه معلومٌ. وقيل: لا يؤكل؛ لأن الماءَ لا يقتل السمكَ حارًّا كان أو باردًا. كذا في «التبيين». وفي «الحقائق»: سمكةٌ بعضها في الماء وبعضها في الأرض ميتة: إن كان الرأسُ خارج الماء أكل، وإن كان في الماء، وكان ما على الأرض قدر النصف أو أقل؛ لم يؤكل، وإن كان ما على الأرض أكثر من النصف؛ أكل. والله أعلم¹².

(كتاب الأضحية)

وهي بتشديد الياء: اسمٌ لِمَا يذبح أيام النحر بنية القرية إلى الله¹³ تعالى، وتجمع على: أضاحي. (ونوحيتها على كلِّ مسلمٍ حرٍّ موسرٍ مقيمٍ شاةً) عن نفسه، فلا تجب على من لم يتصف بالأوصاف المذكورة عندنا. وقال الشافعي: هي سنةٌ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «ثلاثٌ كتب عليّ ولم يكتب عليكم: الوترُ والضحي والأضحى»¹⁴.

¹ انظر للضب: صحيح مسلم، الصيد 40، 42. وللضبع: سنن أبي داود، الأطعمة 31؛ سنن الترمذي، الأطعمة 4؛ وللنعلب قوله: «ومن يأكل النعلب؟»، انظر: سنن ابن ماجه، الصيد 14.

² موطأ مالك برواية الشيباني، 607/2؛ شرح معاني الآثار للطحاوي، 201/4.

³ سنن ابن ماجه، الصيد 14؛ المعجم الكبير للطبراني، 102/4.

⁴ ح: الجلال.

⁵ لم نجده. وقد روي عن ابن عمر أنه كان يحبس الدجاجة ثلاثة، انظر: مصنف عبد الرزاق، 522/4؛ مصنف ابن أبي شيبة، 432/12. وروي في الجوهرة النيرة للزيدي 186/2 أن النبي كان يحبس ثلاثًا. وهذا اللفظ قول ابن عابدين في رد المختار، 306/6.

⁶ د: يأكله.

⁷ ح: يستحب.

⁸ لم نجده إلا في الهداية للمرغاني، 353/4. وقال: الزيلعي في نصب الراية 201/4: غريب جدًا. ولم يجده ابن حجر، انظر: الدراية له، 202/2.

⁹ د: واحدًا.

¹⁰ د - الطافي.

¹¹ لم نجده بهذا اللفظ إلا في الهداية للمرغاني، 353/4؛ وقد روي بلفظ: «ما ألقى البحر أو جزر عنه فكلوه»، انظر: سنن أبي داود، الأطعمة 36، ومن قول ابن عمر، انظر: موطأ مالك برواية الشيباني، 609/2.

¹² د - والله أعلم.

¹³ د: لله.

¹⁴ لم نجده بهذا اللفظ إلا في البناية لابن حجر، 475/2؛ وأخرج في مسند أحمد 231/1، والمستدرک للحاكم 299/1 بلفظ: «ثلاث هن علي فرائض، وهن لكم تطوع: الوتر، والنحر، وصلاة الضحي».

ولنا: قوله صلى الله عليه وسلم: «من ضحى قبل الصلاة فليعد»¹، فلولا أنها واجبة؛ لَمَا أمر بإعادتها، والأمر للوجوب. (وفي وجوبها عن ولده الصَّغِيرِ رَوَاتَانِ) عن أبي حنيفة: في رواية: تجب عنه؛ لأنها قرينة مالية متعلِّقة بيوم العيد كصدقة الفطر، وظاهر الرواية عنه: أنها لا تجب؛ لأنها قرينة محضة، والأصل فيها أن لا تجب على أحدٍ بسبب غيره، بخلاف صدقة الفطر؛ لأن سببها رأس تمونه ويلى عليه، ولهذا تجب على المولى عن عبده الصدقة دون الأضحية.

قيّد بالصغير؛ لأنها عن ولده الكبير غير جائز اتِّفَاقًا.

(وتجب في ماله) أي: الأضحية في مال الصغير اتِّفَاقًا يضحى عنه أبوه أو وصيه. وقيل: لا تجوز التضحية من مال الصغير؛ لأن القرينة يتأذى بالإراقة، والصدقة بعدها تطوع، والأب لا يملكها كما لا يملك إعتاق عبده. (في الأصح) يعني: الأصح: أنه يجوز. كذا قاله صاحب «الهداية». وذكر في «الأصل» و«الكافي»: الأصح: أنها لا تجوز.

(وأجازوا البقرة أو البدنة عن سبعة يريدون القرينة) قيّد به؛ لأن أحد السبعة لو أراد بنصيبه اللحم لا القرينة؛ لا يجوز واحد منهم؛ لأن الدم لا يتجزأ. (لا عن أهل بيت مجتمعين مطلقاً) يعني: عند مالك: يجوز عن أهل بيت بدنة، سواء كانوا سبعة أو أكثر. وعندنا: لا يجوز أكثر من سبعة.

له: إطلاق قوله صلى الله عليه وسلم: «على كل أهل بيت في كل عام أضحية»².

قيّد بقوله: «مجمعين»؛ لأنهم لو كانوا متفرقين لا يجوز عنهم عنده؛ لأن الأضحية واحدة، فإنما تجزئ عن أشخاص متحددة معنى باتِّحاد موضعهم، ولا كذلك المتفرقون.

ولنا: قوله صلى الله عليه وسلم: «البدنة عن سبعة، والبقرة عن سبعة»³.

(ولو اشتراها) أي: البدنة (للأضحية، ثم اشترك فيها ستة؛ حكمنا بالإجزاء عنهم، ويقتسمونها وزنًا) وقال زفر. وهو القياس: لا يجوز عنهم؛ لأنه أعدّها للقرينة، فلا يجوز بيعها، وفي الشركة بيعها.

ولنا: إن المضحي وقت شراء البدنة قد لا يجد من يشاركه فيها، فبعد شرائها يجد شركاء، فجوزناه للحاجة.

قيّد بقوله: «وزنًا»؛ لأنهم لو يقتسمونها جزأً لا يجوز، إلا إذا جعلوا مع اللحم شيئاً من السقط كالرأس والأكارع، فيجوز؛ لكون السقط بمقابلة الرأس.

(وتختص الأضحية بالإبل والبقرة والغنم) لقول الصحابة رضي الله عنهم: الضحايا من الإبل والبقرة والغنم⁴.

(ويجزئ فيها ما يجزئ في الهدي) وهو الثني، وهو من الغنم: ما له سنة، ومن البقر: ما له سنتان، ومن الإبل: ما له خمس سنين، ولا يجوز الجذع فيها إلا من الضأن.

وفي «المحيط»: لو اشترى مغير شاة، فولدت؛ يذبح الولد معها؛ لأن الأم تعيّن محلًا لإقامة القرينة، فسرى إلى الولد. وإن اشترىها موسر؛ فله أن لا يذبح الولد؛ لأن الأم بالشري لم يتعيّن للأضحية.

(ويضحى بالجماء) بتشديد الميم، وهي التي لا قرن لها، (والخصي) لأن لحمه يكون أطيب، (والثولاء) بالثاء المثناة: هي المجنونة، (والهشماء) وهي التي لا أسنان لها (التي تعتلف) لأن ذلك غير مخلٍ بالمقصود، وهو اللحم. هذا قيّد للثولاء أيضًا؛ لأنها بالاعتلاف تكون سمينة. (والجرباء) وهو التي لها جرب (السمينة) قيّد به؛ لأنها لو كانت مهزولة لا يجوز؛ لأن لحمها يكون ناقصًا بالجرب. ولو اشترى سليمة، فصارت معيبة بعيب مانع، فإن كان غنيًا؛ فعليه غيرها، وإن كان فقيرًا؛ يجزيه؛ لأن الوجوب على الفقير لم يثبت بالشئ، بل بشرائه، فتعيّن بنيتها الأضحية.

(ويأكل منها) أي: المضحي من الأضحية، (ويطعم الغني والفقير، ويذخر) لقوله صلى الله عليه وسلم: «كنت نهيتكم عن

أكل لحوم الأضاحي، فكلوا منها وأذخروا»⁵، ومتى جاز أكله وهي غني؛ جاز أن يطعمه غنيًا آخر.

(ويستحب أن لا ينقص الصدقة من الثلث) لأن الجهات ثلاث: الإطعام، والأكل، والادخار، ويكون لكلٍ منهم الثلث.

¹ لم نجده بهذا اللفظ إلا في المسبوط للسرخسي، 141/4. وروي بلفظ: «من ضحى قبل الصلاة فإنما ذبح لنفسه»، صحيح مسلم، الأضاحي 4.

² سنن أبي داود، الضحايا 1؛ سنن الترمذي، الأضاحي 19؛ سنن ابن ماجه، الأضاحي 2.

³ وليس بقوله، وقد روي من فعله: موطأ مالك، 693/3؛ صحيح مسلم، الحج 350؛ سنن أبي داود، الضحايا 6-7.

⁴ أسند إلى الصحابة في الاختيار للموصلي، 18/5.

⁵ صحيح مسلم، الأضاحي 37 معناه.

(ويتصدَّقُ بجلدها) لأنَّه جزءُ الأضحية، (أو يستعملُ منه آلة) كالتَّطْعِ والدَّلْو ونحوها مما يُتَفَعُّ به، (أو يشتري به) أي: بالجلد (ما ينتفعُ به مع بقاء عينه) كالغريال ونحوه؛ لأنَّ للبدل حكمَ المبدل.

قَيَّدَ ببقاء عينه؛ لأنه لو اشترى بجلدها ما لا ينتفعُ به إلا باستهلاك عينه كالطَّعام لا يجوز؛ لأنَّ الأمرَ وَرَدَ بأنَّ ينتفعُ به أو يبدله، فإنَّ باعه بشيءٍ من التَّقْوَدِ؛ تصدَّقَ به، والمعنى فيه: أن لا يتموَّلَ بثمنه.

قَيَّدَ بالجلد؛ لأنه لو اشترى بلحمها ما ينتفعُ به مع بقاء عينه لا يجوز. كذا في «الأجناس».

وذكر شيخُ الإسلام: إنَّ الجوابَ في اللحم كالجواب في الجلد.

(ويستحبُّ أن يذبحها بنفسه إن كان يحسنُ) الذَّبْحُ؛ لأنها عبادةٌ، وإن لم يحسنْ ذلك؛ يفوضُه إلى غيره، ولكن يستحبُّ أن يحضَرَ في ذبحه؛ لِمَا روي أنَّه صلى الله عليه وسلم قال: «يا فاطمة بنت محمدٍ، قومي فاشهدي أضحيتك، فإنَّه يغفرُ لك كلَّ ذنبٍ بأوَّلِ قطرةٍ تفتُرُ من دمها إلى الأرض»¹.

(ويكره أن يذبحها كتابي) لأنه ليس من أهل القرية، لكن جاز ذبحه، وحصل للأمر القريةً بياناً به.

(ولو غلَطَ كلُّ منهما، فذبح أضحية الآخر) في أيامها بغير أمره؛ (أجزأه عنهما) ويأخذ كلُّ منهما أضحيتَه إن كانت باقيةً، وإن كانت مأكولةً؛ يجلُّ كلُّ منهما صاحبه. (ولا² ضمانٌ عليهما) وكان القياسُ أن يضمنَ كلُّ منهما.

وجهُ الاستحسان: إنَّه لَمَّا اشترى كلُّ منهما شاةً للأضحية؛ تعيَّنَتْ لها، ويكره تبدلُها بغيرها، فصار كلُّ منهما مأذوناً بالذَّبْحِ دلالةً؛ لأنَّها تقوتُ³ بمضِيِّ وقتها، ويخافُ أن يعجزَ عن إقامتها بعارضٍ، فلا يضمنُ؛ لأنه وكيلُه معيٌّ، كما إذا ذبح شاةً شدَّ القصابُ رجلها ليذبحها، فذبحها الآخرُ؛ لا يضمنُ. ولو ذبح الرَّاعي أو الأجنبي شاةً لا يرجى حياتها؛ لا يضمنُ، وقال الصدُّرُ الشهيدُ: يضمنُ.

(ولو غضب شاةً، وضحَّى، ثُمَّ أذى ضمانها؛ حكمتنا بإجزائها) عن الأضحية. وقال زفر: لا يجرى؛ لأنَّها لم تكن ملكه وقت التَّضحية.

قَيَّدَ بالغضب؛ لأنَّها لو كانت وديعةً لا تجزى اتِّفَاقاً.

وقَيَّدَ بقوله: «ثم أذى ضمانها»؛ لأنَّ صاحبها لو لم يؤدِّ⁴ ضمانها لا تجوز عن الأضحية اتِّفَاقاً.

ولنا: إنَّ الملكَ لَمَّا استند إلى وقت الغضب؛ كان ملكه ثابتاً⁵ فيها وقت التَّضحية حُكْمًا، وهو كافٍ لجواز التَّضحية.

(وتختصُّ) الأضحية (بيوم النحر ويومين بعده) فلا يصحُّ بعدها، وأفضُّها يومُ النحر؛ لِمَا فيها من مسارعة الخير.

(ويدخلُ وقتها بطول فجر النحر، إلا أن أهل الأمصار لا يضحون قبل الصلاة) التَّفَيُّ بمعنى النَّهْيِ، وأما سكان البوادي؛ فيجوز لهم إذا انشقَّ الفجرُ، والمعتبرُ في ذلك: مكانُ التَّضحية، حتى لو كان المضحِّي في المصر وتضحيتُه في البادية؛ يجوز قبل الصَّلَاة، وبالعكس لا يجوز؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «من ذبح قبل الصلاة فليعدَّ ذبيحته»⁶.

وفي «الخلاصة»: لو فاتت⁷ الصلاة يوم النحر؛ تجوزُ التَّضحية قبل صلاة الإمام في الغد وبعد الغد، وإن لم يصلَ في بلدةٍ صلاة العيد لفترةٍ أو لعدم وال، فَضَّحُوا بعد طلوع الفجر؛ جاز، وهو المختار⁸.

وفي «المحيط»: وإذا ترك الإمامُ الصلاة يوم النحر لعذرٍ أو غيره؛ لا تجوزُ التَّضحية حتى تروَلَ الشمسُ؛ لأنَّ الصلاةَ مرجوَّةٌ وتجاوزُ التَّضحية في الغد قبل الصلاة؛ لأنه فات وقتُ الصَّلَاة بزوال الشَّمْسِ في اليوم الأوَّل، والصَّلَاة في الغد قضاءٌ لا أداءٌ، فلا يظهرُ في حقِّ التَّضحية.

(كتاب الأيمان)

¹ مسند عبد بن حميد، 55/1؛ المعجم الكبير للطبراني، 239/18؛ السنن الكبرى للبيهقي، 283/9.

² د: فلا.

³ د: يفوت.

⁴ د: يؤدي.

⁵ د: نائباً.

⁶ صحيح البخاري، العيدين 5، 23؛ الأضحاحي 12؛ سنن ابن ماجه، الأضحاحي 12. وانظر صحيح مسلم، الأضحاحي 1، 2.

⁷ د: فات.

⁸ د: الخيار.

جمع يمين، وهو في اللُّغَةِ: القُوَّةُ، كما قال الله¹ تعالى: ﴿لَأَخَذْنَا مِنْهُ بِالْيَمِينِ﴾ [الحاقة، 45/69] أي: بالقُوَّة. وفي الشرع نوعان: يمينٌ بالله أو صفته، وتعليقُ الجزاء بالشرط، فإنه يمينٌ أيضاً، حتى لو حلف أن لا يحلف، وقال: إن دخلت الدار فعبدي حرٌّ؛ يحنثُ؛ لأنَّ اليمينَ يُعقَدُ للحمل على الفعل أو المنع² عنه، وذلك المعنى حاصلٌ في التعلُّق. وأما ما روي أنَّه صلى الله عليه وسلم قال: «ملعونٌ من حلف بالطلاق»؛ فمحمولٌ على الحلف بالماضي؛ لما روي أنَّ عبد الله بن عمر حلف بالطلاق عند النبي صلى الله عليه وسلم، فلم ينكز عليه³، والمعنى اللغويُّ مرعيٌّ فيهما؛ إذ الكلامُ يقوى بهما.

(وينقسمُ إلى 4 غموسٍ، وهو أن يحلفَ بالله) على إثبات شيءٍ أو نفيه في الماضي أو في الحال، (كاذبًا) أي: متعمِّدًا فيه الكذب. إنَّما أطلقه؛ ليتناول كليهما. (فيستغفرُ الله) ويتوب إليه.

(ولا نوجب كفارةً) وقال الشافعيُّ: يجبُ فيها كفارةٌ؛ لأنَّها لَمَّا وجبت باليمين المنعقدة؛ فبالغموسِ أُولَى.

ولنا: قوله صلى الله عليه وسلم: «خمسٌ من الكبائر لا كفارةٌ فيها: الإشرأُكُ بالله، وعقوقُ الوالدين، وبهتُ المسلم، والفرأُ من الزحف، واليمينُ الغموسُ»⁵، والبرُّ متصوِّرٌ في المنعقدة دون الغموس، ولا يقاسُ عليه.

(وإلى لغوٍ، نفسَرُها) أي: اليمين اللغو (بالحلف به على أمرٍ يظنُّه كما قال) في الماضي أو الحال، كمن ظنَّ أنَّه لم يدخل الدار، وحلف عليه⁶؛ لما روي عن ابن عباس: أنَّ اللغو هو الحلفُ على يمينٍ كاذبةٍ⁷، وهو يرى أنَّها صادقةٌ. (وهو خلافه) أي: والحالُ أنَّ ذلك الأمرُ في الواقع خلافُ ما ظنه. (لا الخالي عن القصد) يعني: فسرها الشافعيُّ: بالحلف على شيءٍ من غير قصدِ اليمين كما يجري بين الناس من قولهم: لا والله، بلى والله، سواءً كان في الماضي أو في الآن، بأن يقصد التسييح، فجرى على لسانه اليمينُ؛ لما روي عن عائشة رضي الله عنها هكذا، وما صدر من غير قصدٍ يكون خطأً، والإثمُ مرفوعٌ عن المخطئ.

(فيرجى أن لا يؤاخذَ بها) أي: لا يعاقبُ بيمين اللغو. إنَّما قال: «يرجى» مع أنَّ عدمَ المؤاخذة بها ثابتٌ بالنصِّ؛ لقوله تعالى: ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ﴾ [البقرة، 225/2؛ المائدة، 89/5]؛ لأنَّ تفسيرَ اللغو مختلفٌ فيه، فيجوز أن يكون ما فسرهناه به، ولا يعرف كونه غيرَ آثمٍ.

وفي قوله: «بالحلف به» فائدةٌ، وهو ما روي عن محمدٍ: إنَّ اللغو لا يكون إلا في اليمين بالله؛ لأنَّ اللغو واقعٌ في المحلوف عليه، وبقي قوله: والله، فلا يلزمُ به شيءٌ، وكذا اللغو في اليمين بغير الله، كما إذا قال: إن كنت رأيتَ فعبدي حرٌّ على ظنِّ أنَّه لم يره؛ يقع في المحلوف عليه، ويبقى قوله: عبدي حرٌّ، فيلزمُه عتقُ عبده.

(وإلى منعقدةً، أن يحلفَ) أي: هي أن يحلفَ (على فعلٍ أو تركٍ في المستقبل، فإن كان المحلوفُ عليه فرضاً) كقوله: والله لأصومنَّ رمضانَ؛ (وجب البرُّ) أي: حفظُه يمينه، (أو معصيةً؛ فالحنثُ) أي: وجب أن لا يحفظ يمينه ويُكفِّرَ. (أو غيره خيراً) أي: إن كان غير المحلوف عليه خيراً، كما إذا حلف أن لا يصلِّي تطوعاً؛ (يرجحُ الحنثُ) لقوله صلى الله عليه وسلم: «من حلف على يمينٍ، ورأى غيرها خيراً منها؛ فليأتِ الذي هو خيرٌ، وليكفِّرَ عن يمينه»⁸. (أو تساويًا) كما إذا قال: والله لا أكلمُ زيداً؛ (فالبرُّ) أي: يرجحُ البرُّ؛ لقوله تعالى: ﴿وَاحْفَظُوا أَيْمَانَكُمْ﴾ [المائدة، 89/5].

(وتجبُ بالحنث الكفارةُ، إن شاء أعتقَ رقبةً، أو كسا عشرةً مساكينَ، كلاً منهم ثوباً شاملاً لبدنه فما زاد) أي: فصاعداً؛ لأنَّ لابسَ ما يسترُّ به أقلُّ البدن يستمى عاريًا عرفاً، فلا يكون مكنتياً. وفي «الكافي»: هذا هو الأصحُّ. (أو ما يجزئُ فيه الصلاةُ) وهو مروى عن محمد، يعني: كسا كلاً منهم ثوباً تجوز فيه الصلاةُ؛ لأنه يكون به مكنتياً شرعاً. (أو أطعمهم) أي: الحانثُ عشرةً مساكينَ، (كالفطرة) أي: كالإطعام في صدقة الفطرة، والأصلُ فيه: قوله تعالى: ﴿وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَدْتُمُ الْأَيْمَانَ فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشْرَةِ مَسَاكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ [المائدة، 89/5]، فالواجبُ واحدٌ من هذه الثلاثة، والعبءُ مخيَّرٌ فيه.

1 ح - الله.

2 د: للمنع.

3 لم نجده إلا في تبين الحقائق للزليعي، 107/3؛ وفيه عبد الله بن عمرو بن العاص مكان ابن عمر.

4 د: علي.

5 لم نجده لهذا اللفظ إلا في الاختيار للموصلي، 47/4؛ وانظر بمعناه: صحيح البخاري، الأيمان 15؛ سنن النسائي، تحريم الدم 3.

6 د - وإلى لغو نفسرها...

7 لم نجده إلا في الاختيار للموصلي، 47/4.

8 صحيح مسلم، الأيمان 11، 13؛ سنن أبي داود، الأيمان 12؛ سنن ابن ماجه، الكفارات 7.

(ولا نوجب تملكه) يعني: الإباحة في إطعام اليمين جائز عندنا. وقال الشافعي: يجب تملكه؛ لأنه حق مالي، فلا يتأذى إلا بالتمليك كالزكاة.

ولنا: إن الإطعام: جعل الغير طاعماً، وهو حقيقة في الإباحة عند الإطلاق.

(ونجيز إطعام واحد عشرة أيام) يعني: إذا أطمع مسكيناً واحداً في عشرة أيام؛ يجوز عندنا عن كل الأيام، وعند الشافعي: عن يوم واحد؛ لأن العدد المنصوص لم يوجد فيه.

ولنا: إن المقصود دفع عشر حاجات، والحاجة تتجدد في كل يوم، فالدفع إليه في اليوم الثاني كالدفع إلى غيره.

قيّد بـ«عشرة أيام»؛ لأنه إذا أعطاه ما يطعم عشرة مساكين في يوم واحد؛ لم يجز إلا عن ذلك اليوم اتّفاقاً، وإن أعطاه بدفعات في عشر ساعات، قيل: يجزيه¹، وقيل: لا.

(واعتبرنا عتقه رقاباً عنهنّ من غير تعيين) يعني: من حنث من الأيمان ولزمته الكفارات، فأعتق رقاباً عنهنّ، ولم يعين لكل واحدة واحدة؛ يجوز عن الكل عندنا. وقال زفر: لا يجوز.

قيّد بقوله: «عنهنّ» أي: عن الأيمان؛ لأنه لو أعتق رقاباً عن ظهارٍ وقتلٍ ويمينٍ لا يجوز اتّفاقاً.

له: إن الإعتاق إذا وقع عن الكل مجعلاً؛ ينقسم كل رقبة على كل يمين أشقاصاً، فلا يجوز؛ لأن المشروع هو الرقاب.

ولنا: إن نية التّعيين مع اتّحاد الجنس غير مفيدة، بخلاف اختلاف الجنس، فإنها مفيدة فيه، ألا يرى أن من عليه قضاء رمضان

فنوى قضاء يوم صحّ من غير تعيين أنه أي يوم، ولو كان عليه قضاء رمضان ونذر؛ لا يجوز من غير تعيين؟

(وإطعام كل من عشرة) رجال (صاعاً عن كفارتين، فجعله عنهما وهما عن أحدهما) يعني: من كان عليه كفارتا يمين، فأطعم

عنهما عشرة مساكين، كل مسكين صاعاً من البر؛ أجزأه عنهما عند محمد، وقال: يجزيه عن إحدهما²، وله أن يجعل عن أيتهما شاء.

له: إنه أكمل عدد كل من الواجبين، والمسكين الواحد يصلح أن يكون مصرفاً لهما، فجاز عنهما، كما لو أطمع عن ظهارٍ

وإفطارٍ ستين مسكيناً، كل واحد صاعاً من الحنطة، وكما لو أعتق عبدین عن كفارتين.

ولهما: إن نية التّعيين في متحد الجنس لغو، فبقيت نيته للتكفير مطلقة، فيجعل ما أذاه عن كفارة واحدة احتياطاً، كما لو كان

اليمين واحدة؛ لأن التّقدير بنصف صاع إنما يمنع التّفصان عنه لا الزيادة، بخلاف مختلف الجنس؛ لأن نية التّمييز مفيدة فيه.

(ولو أمره بإعتاقه) أي: أمر الحالف رجلاً بإعتاق عبده (عنه على كذا) أي: عن الأمر على ألف مثلاً، فأعتقه؛ (جعلناه عن

الأمر) يعني: قلنا: يقع العتق عن الأمر، والولاء له، ويلزمه الألف. وقال زفر: يقع العتق عن المأمور، والولاء له، ولا يلزم الأمر شيء.

له: إن إعتاق الرّجل عبده عن الأمر محال؛ لعدم الملك، فعتق عن المأمور.

ولنا: إن كلام العاقل لا يكون لغواً، فوجب تصحيحه بأن يجعل هذا طلب تملك عبده منه بالألف، وكأنه³ قال: بع عبدك

عني بالألف، ثم كُن وكيلي، فأعتقه، والمأمور إذا أجابه في ذلك، فكأنه قال: بعثك عبدي بكذا، فقبلت وكالتك.

(وان لم يذكر البدل) أي: إن قال: أعتق عبدك عني، ولم يقل: بكذا، فأعتق؛ (يجعله عنه) أي: أبو يوسف العتق عن الأمر،

ويكون الولاء له. (وقالا: عن المأمور).

له: إن الأمر ملكه بالهبة من غير قبض؛ لأن القبول الذي كان ركناً في البيع لما سقط اقتضاءً لضرورة تصحيح الكلام؛ فالقبض

الذي شرط في الهبة يسقط بالطريق الأولى، كما لو قال: أطمع عني عشرة مساكين للكفارة.

ولهما: إن الهبة الضمنية لا يفيد الملك بدون القبض كالمحقة، فاستحال أن يقع العتق عن الأمر؛ لأنه لم يملكه، بخلاف

البيع الضمني؛ لأنه يفيد الملك بدون القبض كالباع المحقق، بخلاف الإطعام؛ لأنّ الفقير يصير قابضاً للأمر أولاً ثم لنفسه، وأمّا العبد؛

فلا يصح أن يصير قابضاً نفسه للأمر قبل العتق.

¹ د: يجزي.

² ح: أحدهما.

³ د: فكأنه.

(فإن لم يجد أحدها) أي: إن لم يقدر المكفر إعتاق رقية، ولا إطعام عشرة مساكين، وكسوتهم؛ (صام ثلاثة أيام) لقوله تعالى: ﴿فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ ذَلِكَ كَفَّارَةُ أَيْمَانِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ﴾ [المائدة، 89/5]. (نشرط¹ متابعتها) يعني: لا بُدَّ عندنا أن يصوم تلك الأيام متتابعة. وقال الشافعي: يجوز تفريقها؛ لإطلاق النص السابق.

ولنا: قراءة ابن مسعود رضي الله عنه: «فصيام ثلاثة أيام متتابعات»، وهي كالخبر المشهور، فيجوز أن يُزاد به على الكتاب. (ونعتبر وجدانه وعدمه وقت الأداء، لا الوجوب) يعني: إذا كان الحالف غنياً وقت الحنث الذي يثبت به وجوب الكفارة، وفقيراً وقت أدائها؛ يجوز له الصيام عندنا، ولا يجوز عند الشافعي؛ لأن الأداء معتبر بالوجوب، كالعبد إذا زنى، ثم أعتق؛ أقيم عليه حد العبد.

ولنا: إن التكفير بالمال أصل، وبالصوم بدل، كما أن الوضوء أصل والتيمم بدل، والمعتبر في الوضوء والتيمم كان وقت الأداء، فكذا هذا، بخلاف ما ذكر؛ لأن حد العبد ليس ببدل عن حد الأحرار، فاعتبر وقت الوجوب درءاً للحل بقدرة الإمكان. (ولا نجيز التكفير بالمال قبل الحنث) وقال الشافعي: يجوز؛ لأن اليمين سبب للكفارة، بدليل إضافتها إليها، فيجوز تقديمها على الحنث بعد وجود سببها، كما جاز الزكاة بعد ملك الصاب قبل الحول. ولنا: إن الكفارة شرعت لرفع الذنب، والذنب إنما يكون بالحنث، فلا يجوز قبله كالتكفير بالصوم، ولو قدم لا يسترد من الفقير؛ لأنه وقع صدقة.

(ولا نوجب يمين الكافر كفارة) يعني: إذا حلف الكافر بالله، فحنث حال كفره أو بعد إسلامه؛ لا كفارة عليه عندنا². وقال الشافعي: عليه الكفارة بالمال؛ لأن اليمين تعقد للبر، والكافر أهل لا اعتقاده تعظيم اسم الله، ولهذا يستحلف بالله في الدعوى. ولنا: قوله تعالى: ﴿فَقَاتِلُوا أُمَّةَ الْكُفْرِ إِنَّهُمْ لَا أَيْمَانَ لَهُمْ﴾ [التوبة، 12/9]، والكافر ليس أهلاً للبر؛ لأنه إنما يكون ممن يعظم اسم الله تعالى، والكافر هاتك لحمة اسم الله، فلا يكون معظمًا، وأما استحلافه في الخصومات؛ فلائه أهل لمقصوده، وهو النكول أو الإقرار، ولأن الكفارة عبادة في ذاتها، وكونها عقوبة بالنظر إلى سببها، والكافر ليس أهلاً للعبادة. (ويستوي العامد والناسي والمكره في اليمين) يعني: الحالف قاصداً والحالف ناسياً كما إذا حلف أن لا يحلف نفسي فحلف والمكره على الحلف سواء في كون أيمانهم سبباً لوجوب الكفارة بالحنث؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «ثلاث جدهن جد وهزلهن جد: النكاح والطلاق واليمين»³.

(وفي فعل المحلوف عليه) يعني: إذا فعل الحالف المحلوف عليه؛ فعليه الكفارة؛ لأن الشرط هو الفعل، وقد وجد، والفعل الحقيقي لا يصير معدوماً بالتسيان أو الإكراه، وكذا إذا فعل وهو مغمى عليه أو مجنون؛ لتحقق الشرط حقيقة. فإن قلت: الكفارة شرعت لدفع الإثم، ولا إثم على الناسي والمكره، فكيف وجبت عليهم؟ قلنا: أدير الحكم هنا على دليل الإثم، وهو الحنث، لا على حقيقة الإثم. (ولا يصح يمين الصبي والمجنون والنائم) مر بيان تعليلها في أول الفصل الأول من الطلاق.

(فصل) فيما يكون يميناً وفيما لا يكون

(ويحلف بالله تعالى وبأسمائه) كالرحمن والرحيم وغيرهما، قال بعض مشايخنا: الحلف بكل اسم لا يسمى به غير الله؛ فهو يمين كالرحمن وغيره، والحلف باسم يسمى به غير الله كالحكيم والعليم ونحوهما إنما يكون يميناً إذا أراد به اليمين، والظاهر الصحيح من مذهبنا: أن الحلف باسم الله يمين، سواء تعازف الناس بالحلف به أو لم يتعارفوا⁴، فالاسم هنا عبارة عن لفظ دال على الذات مع صفة؛ لأن اليمين باسم الله ثبت بقوله صلى الله عليه وسلم: «فمن كان حالفاً؛ فليحلف بالله أو ليذر»⁵، والحلف بسائر أسمائه حلف بالله تعالى، وما يثبت بالنص أو دلالة لا يراعى فيه العرف.

(بحروف القسم: الواو، والتاء، والباء) واللام، كقوله: لله لأفعلن.

¹ د: ونشرط.

² د: عند.

³ سنن أبي داود، الطلاق 12؛ سنن الترمذي، الطلاق 9.

⁴ د: تعارفوا.

⁵ صحيح البخاري، الشهادات 27؛ صحيح مسلم، الضحايا 3؛ سنن أبي داود، الأيمان 4.

(وقد تُضمَرُ) حروفُ القسم، (وينصبُ الاسمُ) على إسقاط الخافض، (ويخفُضُ¹) على حاله، فيكون دالاً على المراد (وبصفاتٍ ذاته) وهي ما يوصفُ اللهُ تعالى بها، ولا يوصفُ بضعدها، كالقدرة والعزة والعلم والعظمة والحياة والسمع والبصر ونحوها؛ لأن الحلفَ بصفات الذات كالخلف بالذات. وأما صفاتُ فعله. وهي ما يجوز أن يوصفَ اللهُ بضعده، كالرضاء والرحمة والسخط والغضب ونحوها؛ فالحلفُ بها لا يجوز؛ لأنه حلفٌ بغير الله. كذا قاله بعضُ مشايخنا. لكنَّه غيرُ مستقيمٍ على مذهب أهل الحقِّ؛ لأن صفاتِ الله كلُّها قديمةٌ لا هو ولا غيره، وكلُّ مؤمنٍ يعتقدُ تعظيمَ الله وجميعَ صفاته؛ فلا يفرِّقُ بين صفاتِ ذاته وفعله، بل ينبغي أن يقال: الأيمانُ مبنيةٌ على العرفِ ممَّا تعارفَ الناسُ الحلفَ به يكون يميناً، وما لا فلا.

أقول: المصنِّفُ قائلٌ في «شرحه»: بأنَّ التخصيصَ بصفاتِ الذاتِ غيرُ مستقيمٍ، مع أنَّه قيَّده في المتن.

(إلا العلم) يعني: إنَّه من صفاتِ ذاته، لكنَّ الحلفَ به لا يكون يميناً وإن نواه؛ لعدم التَّعارف.

(ولو حلف بغير ذلك) أي: بغير الله وأسمائه وصفاته، كما إذا حلف بالكعبة أو بالنبي أو بالقرآن، (لم يكن يميناً) ولو قال:

بكلامِ الله القديم أو القائم بذاته؛ يكون يميناً.

(ولو قال: وحقَّ الله) لأفعلن كذا؛ (بجعله) أبو يوسف (يميناً) لأن الحقَّ من صفاتِ ذاتِ الله، فنزلَ منزلةً قوله: واللهِ الحقِّ، والحلفُ به متعارفٌ. وقالوا: لا يكون يميناً؛ لأن حقَّ الله قد يُذكرُ ويرادُ به طاعته، كما قيل للنبي صلى الله عليه وسلم: «ما حقُّ الله على عباده؟»²، فيكون حلفاً بغير الله، فلا ينعقدُ مع الاحتمال. ولو قال: والحقَّ معرفاً؛ كان يميناً اتِّفاقاً³؛ لأنه اسمٌ من أسماءِ الله تعالى، ولو قال: وحقَّ منكراً لا ينعقد؛ لاحتمال أن يراد به تحقيقُ الوعد.

(واليمينُ بوجهِ الله ليس يمينين) عند أبي حنيفة. (ويخالفه) أي: أبو يوسف؛ لأنه يرادُ به: ذاتُ الله، كما قال تعالى: ﴿وَيَبْقَى

وَجْهَ رَبِّكَ﴾ [الرحمن، 27/55]، فيصيرُ يميناً بالله.

ولأبي حنيفة: إنَّه يرادُ به غيرُ الله أيضاً، كما يقال: فعل ذلك ابتغاءَ وجهِ الله أي: ثوابه، فلا يكون يميناً.

(وجعلنا: أشهد، وأقسم، وأحلف أيماناً) يعني: لو قال: أشهدُ لأفعلن كذا، ولم يقل: باللهِ معه؛ يكون يميناً عندنا، نوى أو لم

ينو، (كقوله: أشهدُ بالله) فإنَّه يمينٌ اتِّفاقاً. وقال زفر: لا يكون يميناً ما لم ينو اليمين؛ لأن الحالفَ إذا لم يقل: باللهِ؛ يحتملُ أن يحلف بغير الله، فلا يكون يميناً بالإطلاق.

ولنا: إنَّ الحلفَ بغيرِ الله غيرُ مشروعٍ، فلا يحتملُ الكلامُ عليه عند الإطلاق.

(ويجوز بعهدِ الله) لأن العهْدَ يمينٌ، قال تعالى: ﴿وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ﴾ [النحل، 91/16]. (وميثاقه) لأنه عبارةٌ عن العهْد.

(وعليّ نذرٌ، أو نذرُ الله) أي: يجوز الحلفُ بكلِّ واحدٍ من هذين التَّوعين، حتى إذا قال: إن فعلتُ كذا فعليّ نذرٌ أو نذرُ الله،

فإن نوى به قرينةً من القُرب التي يصلحُ أن يصحَّ النذرُ بها؛ لزمه ما نوى، وإن لم ينو؛ يكون يميناً؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «من نذر نذرًا، ولم يسع؛ فعلية كفارةُ اليمين»⁵، وكذا لو قال: فعليّ يمينٌ.

(أو إن فعل كذا فهو يهوديٌّ) يعني: إن قال: إن فعلتُ كذا فأنا يهوديٌّ (أو نصرانيٌّ، أو كافرٌ، أو بريءٌ من الله؛ نجعله

يميناً) وقال الشافعيُّ: لا يكون يميناً؛ لأنه حلفٌ بغيرِ الله، فلا ينعقدُ.

ولنا: قوله صلى الله عليه وسلم: «من حلف باليهوديَّة والنصرانيَّة فهو يمينٌ»⁶.

ولو حلف هكذا على شيءٍ فعله في الماضي، قيل: يكفرُ؛ لأن التَّعليقَ بشيءٍ كائنٍ تنجيزٌ، فيكون إقراراً بأنَّه يهوديٌّ.

وفي «الهداية»: الصحيحُ: أنَّه لا يكفرُ في الماضي كما لا يكفرُ في المستقبل إن كان يعلمُ أنَّه يمينٌ؛ لأنه قصد بهذا اليمين

ترويحَ الكذب، لا تحقيقَ الكفر. وإن كان عالماً أنَّه يكفرُ به؛ يكفرُ فيهما؛ لأنه رضَى بالكفر.

¹ د: وتخفيض.

² صحيح البخاري، اللباس 99، والسائل هو النبي نفسه. وروي أن السائل هو عبادة بن الصامت، انظر: التجرید للقدوري، 6408/12.

³ د - اتِّفاقاً.

⁴ د: أو فوا.

⁵ سنن أبي داود، الأيمان 23؛ سنن ابن ماجه، الكفارات 17.

⁶ لم نجده إلا في الاختيار للموصلي 52/4 عن ابن عباس قوله.

وفي «المحيط»: لو قال: يعلم الله أنه فعل كذا، فلم¹ يفعله؛ يكفر؛ لأنه وصف الله بالعلم بوجود شيء قبل وجوده، فصار كما لو وصفه بالجهل. والأصح: أنه لا يكفر؛ لأنه قصد بهذا الكلام إثبات صدقه في خبره، لا وصف الله به.

(أو فعليه غضب الله) يعني: لو قال: إن فعلت كذا فعلي غضب الله، (أو هو زان) أي: إن قال: إن فعلت كذا فأنا زان، (أو شارب خمر، أو سارق، أو آكل ربا؛ فليس بحالف) لأن الحلف بها غير متعارف، (أو حرم على نفسه شيئا مما يملكه) من الطعام وغيره؛ (كان يميناً) لأن حرمة الحلال مسبب عن اليمين، وتصريحه عليه جعل كتصريحه على السبب مجازاً. ولو وهب ما جعله حراماً أو تصدق به؛ لم يحنت؛ لأن المراد بالتحريم: حرمة الاستمتاع عرفاً، لا حرمة الصدقة والهبة. اعلم أن قوله: «مما يملكه» وقع اتفاقاً؛ لأنه لا يُشترط في اليمين أن يكون مالاً له، حتى لو قال: ملك فلان أو ماله علي حرام؛ يكون يميناً، إلا إذا أراد به: الإخبار عن الحرمة.

(أو قال: كل حلال علي حرام؛ انصرف إلى الطعام والشراب) وكان القياس أن يحنت كما فرغ من كلامه؛ لأنه باشر فعلاً مباحاً كالتنفس، لكن أئمتنا قالوا استحساناً: المقصود من اليمين البر، ولا يمكن تحقيقه إلا بإسقاط اعتبار العموم، وإذا سقط انصرف إلى ما يتناول عادةً، وهو المأكول والمشروب، ولا يتناول المرأة إلا بالنية؛ لسقوط اعتبار العموم.

(إلا أن ينوي غير ذلك) يعني: إذا نوى به زوجته؛ يكون إبلاءً، ولا يخرج عن يمينه الطعام والشراب؛ إذ التصديق بنيته إنما يُعتبر فيما فيه تغليظ، وهو أن يصير مولياً، لا فيما فيه تخفيف، وهو خروج الطعام والشراب، وهذا كله ظاهر الرواية. (وقيل: يفتى بوقوع الطلاق به) أي: بقوله: كل حلال علي حرام (من غير نيته)² لغلبة الاستعمال في إرادة الطلاق، وعليه الفتوى. كذا في «شرح المصنف».

وذكر في «الكافي»: قال بعض مشايخنا: لم يتضح لي³ عُرف الناس في هذا، فإن من لا امرأة له يحلف به كما يحلف ذو الحليلة، ولو كان العرف مستفيضاً في ذلك؛ لما استعمله إلا ذو الحليلة، فالصحيح: أن يقيّد الجواب ويقال: إن أراد الطلاق؛ يكون طلاقاً، وإلا؛ فالاحتياط أن يتوقّف المرء فيه، ولا يخالف المتقدمين.

وفي «النهاية» ناقلاً عن «النوازل»: ولو لم يكن امرأة لمن قال: كل حلال علي حرام؛ يجب عليه الكفارة، ولو قال: هرجه بردست راست كيرم بروي حرام، الأظهر: أنه يجعل طلاقاً من غير نيته بالعرف، ولو قال: بردست جب كيرم لا يكون طلاقاً؛ لعدم العرف. (وإذا أوصل يمينه: إن شاء الله؛ فلا حنت عليه) لقوله صلى الله عليه وسلم: «من حلف على يمين، وقال: إن شاء الله؛ فقد استثنى»⁴ ومن استثنى؛ فلا حنت عليه.

قيّد بالايصال؛ لأن الاستثناء بعد الانفصال رجوع، ولا يصح رجوع في الأيمان، وعن ابن عباس: أنه كان يجوز الاستثناء إلى سنة أشهر.

(ومن نذر نذراً مطلقاً) أي: غير معلق بشرط، كما إذا قال: لله علي كذا؛ (لزم الوفاء به) أي: بما سمّاه؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «من نذر نذراً وسمّى؛ فعليه الوفاء بما سمّى»⁵.

(والصحيح في المعلق) أي: في النذر المعلق (بشرط لا يُراد) هذه الجملة صفة «شرط»، كما إذا قال: إن كلمت زيداً فله علي كذا، (لزم الكفارة) إذا كلم عند أبي حنيفة؛ لأن فيه معنى اليمين، وهو المنع عن المباح. (وفي المراد الإيفاء) يعني: إذا كان الشرط الذي علق به النذر مراداً، كما إذا قال: إن شفى الله مريضني فله علي كذا؛ فالوفاء بما سمّاه لازم عند أبي حنيفة؛ لخلوه عن معنى اليمين، وهذا تفصيل حسن.

قيّد بقوله: «في الصحيح»؛ لأن عن أبي حنيفة رواية أخرى، وهي أن المنجز والمعلق سواء في وجوب الوفاء؛ لإطلاق الحديث. وروي أن الإمام رجح عن هذا في آخر حياته، وقال: إذا قال: إن فعلت كذا فعلي حجة؛ أجزاء من ذلك كفارة يمين، وهذا قول محمد. كذا في «شرح المصنف».

¹ د: ولم.

² د: نية.

³ ح: في.

⁴ سنن أبي داود، الأيمان 9؛ سنن الترمذي، النذور 7.

⁵ لم نجد هذا اللفظ إلا في المبسوط، 136/8؛ وقد أخرج بلفظ: «النذر نذران فما كان من نذر في طاعة الله فذلك لله وفيه الوفاء وما كان من نذر في معصية الله فذلك للشيطان ولا وفاء فيه ويكفره ما يكفر اليمين»، انظر: سنن النسائي، الأيمان 41.

(وواقفه) محمدًا.

أقول: الظاهر من المتن: أنه وافق الإمام في قوله الصحيح، ومن الشرح: أنه وافقه في رواية أخرى غير صحيح، وكلاهما لا يطابقان¹.

(وقوله: لله عليّ المشي إلى الحرم أو المسجد الحرام² غير ملزم) شيئًا عند أبي حنيفة. (وألزماه حجة أو عمرة) كما إذا قال: عليّ المشي إلى بيت الله، أو إلى الكعبة، أو إلى مكة؛ يجب عليه حجة أو عمرة اتفاقًا. وله: إن في اللفظ ما يدل على وجوب الحجة أو العمرة معدومًا، فلا يلزم به شيء، كما لو قال: عليّ الذهاب إلى مكة أو الخروج؛ لأن التزام الحج بهذه الألفاظ غير متعارف، وكذا لو قال: لله عليّ أن أمشي إلى الصفا والمروة لعدم العرف، وإنما وجب المشي إلى بيت الله بالنص، وهو ما روي أنه صلى الله عليه وسلم أمر من نذر أن يمشي إلى بيت الله بأن يركب ويذبح شاة³، ويحرم بحجة أو عمرة.

(أو: إن لم أحج) أي: لو قال: إن لم أحج (العام فبعدي حرًا، فادعى) الحالف (الحج، وبرهن العبد) أي: أقام بينة (علي أنه ضحى بالكوفة) يعني: لم يحج العام؛ (أفتى) محمدًا (بعته) وقال: لا يعتق. قيد بقوله: «علي أنه ضحى»؛ لأنه لو برهن على أنه لم يحج لا تقبل اتفاقًا. له: إنهما شهدا على الإنبات لفظًا، وهو ضحى، ومعنى، وهو ثبوت العتق، فيقبل.

ولهما: إن التضحية مما لا يدخل تحت الحكم؛ إذ لا يطالب⁴ بها، فالشهادة عليها غير مقبولة، فالمقصود من الشهادة عليها نفي الحج، فلا يقبل. وأما إذا قال الشاهدان على رجل: إن قال: المسيخ ابن الله، ولم يقل معه: قالت النصارى؛ فإنما يقبل وتبين امرأته؛ لأن الطلاق مما يدخل تحت الحكم.

(أو ما أملكه⁵) أي: لو قال: ما أملكه (غدا حرًا؛ يخصه بما يحدث فيه) أي: قال أبو يوسف: لا يعتق إلا ما سيحدث في ملكه غداً. (لا مطلقاً) أي: قال محمدًا: يعتق ما يملكه للحال وما سيملكه⁶ إذا بقي إلى الغد، وما سيحدث في ملكه في غد. لأبي يوسف: إن قوله: «أملكه» كان يحتمل الحال والاستقبال، فبذكر الغد لم يبق الحال مرادًا، كما في قوله: كل مملوك أشتريه غداً؛ لا يدخل الشرى في الحال.

ولمحمد: إن اللفظ صالح لا ابتداء الملك وبقائه، وهو حقيقة فيهما جميعًا، فمملوكه في الحال صادق عليه أنه مملوكه في الغد، فيتناولهما جميعًا، بخلاف قوله: أشتريه؛ لأن مشتراه في الحال لا يصدق عليه أنه مشتراه في الغد.

(فيهدر⁷ النذر بذبح الولد) يعني: إذا نذر ذبح ولده؛ لم يلزم أبو يوسف به⁸ شيئًا. وكذا الخلاف لو نذر بنحر ولده أو تضحيته، ولو نذر بقتل ولده؛ لا يلزمه شيء اتفاقًا. وضع في الولد؛ إذ بنذر ذبح أحد أبويه لا يلزمه شيء اتفاقًا. ثم في عامة الروايات شرط صحة النذر بذبح الولد أن يقول في النذر: عند مقام إبراهيم أو بمكة. من «الحقائق». له: إن نذر بمعصية، فيلغو.

(وأوجباه ذبح شاة) في الحرم أو في أيام النحر؛ لأن إيفاء النذر واجب بقدر الإمكان، وهنا ممكن بالفداء عنه بالشاة، فيجب كما خرج الخليل صلى الله عليه وسلم عن عهدة ذبح الولد بذبح الشاة، وتسمية الشرع إياها فداء دليل على بقاء ذلك الأمر، فيكون

¹ د: يطابقان.

² ح - الحرام.

³ صحيح البخاري، الإحصار 38؛ صحيح مسلم، النذر 9-12؛ وفيهما أمر الركب فقط. وأخرج بلفظ: «فلتركب ولهد بدنة»، سنن أبي داود، الأيمان 19؛ مسند أحمد بن حنبل، 239/1. وأخرج الحاكم في المستدرک 305/4 بلفظ: «من نذر أن يحج ماشيا فليهد هديا وليركب». وروي عن علي أنه قال فيمن نذر أن يمشي إلى البيت: «يمشي فإذا أعى ركب ويهدي جزورا»، انظر: مصنف عبد الرزاق، 450/8؛ مصنف ابن أبي شيبة، 579/7.

⁴ د: تطالب.

⁵ ح: ملكه.

⁶ ح: يستملكه.

⁷ د: ويهدر.

⁸ ح - به.

الولد ذبيحًا حُكْمًا بذبح الشاة، ولهذا قال صلى الله عليه وسلم: «أنا ابنُ الذبيحين»¹ يشيرُ إلى عبد الله وإسماعيل، ولم يكونا ذبيحين بعينهما، بل بواسطة ذبح الفداء عنهما.

(والحق) محمد (العبد بالولد فيه) أي: في النذر بالذبح، فيصَحُّ نذرٌ من ذبح عبده موجبًا ذبح شاة. وقال: لا يصحُّ نذرُه.

له: إنَّ للنَّاذر ولايةً على ولده وعبده، فيصَحُّ نذرٌ ذبح عبده كولده.

ولهما: إنَّ فداء الشاة للولد ثبت بالنصِّ في قصَّة الخليل كرامةً للولد، فلا يقاسُ عليه، كما لم يقسُ نذرٌ ذبح أخيه.

(ونذرُه ذبح نفسه باطلٌ) عند أبي حنيفة. (والحقه بالولد) محمد؛ لأنه غيرُ راضٍ بفوات حياته كولده.

ولأبي حنيفة: إنَّ النصَّ ورد في الولد، وهذا ليس في معناه.

(فصلٌ) في اليمين في الدُّخول والسُّكنى والخروج والرُّكوب وغير ذلك

(من حلف: لا يدخل بيتًا، فدخل الكعبة، أو المسجد، أو بيعةً) وهي معبد النصارى²، (أو كنيسةً) وهي معبد اليهود، (أو

لا يدخل دارًا، أو هذا البيت) أي: لو حلف لا يدخل هذا البيت، (فدخلهما بعد الخراب؛ لم يحنث) أمَّا عدمُ الحنث في دخول الكعبة أو المسجد أو البيعة أو الكنيسة؛ فلأنَّ البيت: ما بينى³ للبيتوتة، وهذه البقاعُ لم يُبنَ لذلك. وأمَّا عدمُ الحنث في دخول دارٍ بعد خرابها؛ فلأنَّ الدارَ اسمٌ لعرضةٍ أُديرَ عليها الحيطانُ، ولا يزولُ ذلك برفع البناء، فالعرضةُ أصلٌ في إطلاقِ هذا الاسم، والبناءُ كالصِّفَّة لها، والدارُ إذا دُكرتْ نكرةً؛ يكون الصِّفَّةُ فيها معتبرةً؛ لأنَّ الغائبَ يعرفُ بالوصف، وتعلَّقت اليمينُ بدارٍ موصوفةٍ بصفة البناء، فإذا خربتْ زالت تلك الصِّفَّةُ، فلا يحنث. وأمَّا عدمُ الحنث في دخول هذا البيت بعد خرابه؛ فلأنَّ اسمَ البيت زال عنه بعد انهدامه؛ لأنه لا يباث فيه، حتى لو بقي حيطانه، فضرب عليها السقفُ، فدخله؛ يحنث، وإن بنى بيتًا آخرَ فدخله؛ لم يحنث؛ لأنَّ الثَّانِي صار غيرَ الأوَّل بصنعةٍ جديدةٍ.

(بخلاف: هذه⁴ الدَّار) يعني: لو حلف أن لا يدخلَ هذه الدارَ، فدخلها بعدما خربتْ؛ حنث؛ لأنَّ الإشارةَ أبلغُ في التعريف،

فيلغو الوصفُ معها، فتعيَّن اليمينُ بذات⁵ العرضة، وهي باقيةٌ بعد انتقاض الحيطان.

(أو لا يدخل) أي: لو حلف لا يدخل (هذه الدَّارَ، فوقف على سطحها، أو دخل دهليزها) وهو بالكسر: ما بين الباب

والدار، (أو في طاق الباب بحيث إذا أُغلق كان) الحالف (داخلًا؛ حنث) لأنَّ البابَ يركَّبُ لإحراز الدَّار وما فيها، وكلُّ موضعٍ إذا رُذَّ البابُ بقي خارجًا ليس من الدار، وإن بقي داخلًا؛ فهو من الدار. أمَّا حنثُه في الوقوف على سطحها؛ فلأنَّ سطحَ الدَّار من الدَّار، ألا يرى أنَّه إذا صعد سطحَ المسجد لا يبطلُ اعتكافُه؛ لأنه من المسجد؛ وقيل: لا يحنث؛ لأنَّ الواقفَ عليه لا يعدُّ داخلًا في عرفنا، وهو اختيارُ أبي الليث.

ولو حلف لا يدخل بيتًا، فدخل صُفَّةً أو ظلَّةً؛ لا يحنث؛ لأنَّ البيت: ما أعدَّ للبيتوتة، وهما ليسا كذلك.

وفي «الجامع الصغير»: يحنث بدخول الصِّفَّة؛ لأنَّها تبنى للبيتوتة في الصيف.

وقال صاحبُ «النهاية»: هذا هو الأصحُّ عندي.

والظلَّةُ: هي التي أحدُ طرفي جذوعها على البيت وطرفُها الآخر على حائط الجار المقابل.

وفي «المحيط»: إذا أدخل إحدى رجله الدارَ، إن كان جانبه مستويين، أو كان الخارجُ أسفل؛ لم يحنث، وإن كان الداخلُ

أسفل؛ يحنث؛ لأنَّ اعتمادَ جميع بدنه على رجله الدَّاخل، فيكون داخلًا.

(أو دار فلان) أي: لو حلف لا يدخل دارَ فلانٍ، ولم يسَمِّ دارًا بعينها، ولم ينوها؛ (يشترط) أبو يوسف (لحنثه أن يضافَ إليه)

أي: الدارُ إلى فلانٍ (وقت اليمين والحنث. وقال: وقت الحنث) يعني: يحنثُ بدخول دارٍ يملكها بعد اليمين؛ لأنَّ الدَّاعي إلى اليمين

وحنثه وحشةٌ لحقته من جهة فلان، فيُعتبرُ ملكُه وقت الدخول.

¹ لم نجد بهذا اللفظ إلا في المبسوط للسرخسي، 141/8؛ والكشاف للزمخشري، 58/4. وقال الزيلعي في تخريجه 177/3: غريب. وقد روي أن أعرابيا خطب لني وقال: «يا بن الذبيحين» فتبسم رسول الله صلى الله عليه وسلم، انظر: المستدرک للحاكم، 554/2.

² د: للنصارى.

³ د: تبنى.

⁴ ح: هذا.

⁵ ح: بدار.

وله: إنَّ أفهام النَّاسِ يقعُ على الدَّارِ الموجودةِ حالِ اليمينِ الباقيةِ على ملكه إلى وقتِ دخولها. وضع في سكنى الدار؛ إذ في غيرها من المملوكات، نحو: الطعام والعبء؛ ينعقدُ اليمينُ على الموجود وقت اليمين، وعلى الحادث بعد اليمين اتِّفاقاً. من «الحقائق».

(ونسوي بين المستأجرة والمملوكة) يعني: إذا حلف لا يدخل دار فلان؛ يحنثُ بدخوله فيها، سواءً كانت مملوكةً أو مستأجرةً أو مستعارةً عندنا. وقال الشافعي: لا يحنثُ بدخوله في غير المملوكة؛ لأنَّ مقتضى الإضافة الاختصاص، وهو في الملك حقيقةً، فلا يكون غيره مراداً.

ولنا: إنَّ إضافة الدَّارِ إليه يرادُ به نسبةُ السُّكنى عرفاً مجازاً؛ لأنَّ الغيظَ للحالف لم يحصل من الدَّارِ، بل من ساكنها، فكأنَّه قال: لا يدخل سكنى فلان، حتى لو دخل داراً يملكها فلان، ولم يكن ساكناً فيها؛ لا يحنثُ، فيشتمل السُّكنى المملوكة والمستعارة. (أو هذه الدَّار) يعني: لو حلف لا يدخل هذه الدار، (وهو بها) أي: والحال أنَّ الحالف في تلك الدَّارِ؛ (لم يحنثُ بالقيود) حتى يخرج منها، ثمَّ يرجع، فيدخلها، وكان القياس أن يحنثَ تنزيلاً للبقاء منزلةً ابتداءً. وجه الاستحسان: إنَّ الدُّخولَ هو الانفصال من الخارج إلى الدَّاخل، وهذا الفعل مما لا يمتدُّ، فلا يقال: دخل يوماً، وإذا لم يكن ممتدداً؛ لا يكون بقاؤه كابتدائه.

(أو لا يدخل) يعني: لو حلف لا يدخل (بغداد، فاجتاز بدجلة) أي: مرَّ بها في السَّفينة؛ (لم يحنثُ) أي: لم يجعله أبو يوسف حائناً ما لم يخرج إلى الشَّطِّ. (وخالفه) أي: قال محمد: يحنثُ؛ لأنَّ دجلةً من بغداد، ولهذا إذا مرَّ المسافرُ البغداديُّ بدجلة في السَّفينة، وكان قصده البصرة؛ يصيرُ مقيماً بالمرور. قال الصدُّقُ الشهيد: الفتوى على قول أبو يوسف؛ لأنَّ دجلةً وإن كانت من بغداد، إلا أنَّها لم يعدَّ منها عرفاً، فإنَّ أيدي أهل بغداد لا تقع¹ عليها كما لا² يقع على أراضيها.

(أو لا يلبس) أي: لو حلف لا يلبس (هذا الثوب، وهو) أي: والحال أنَّ الحالف (لا يلبسه، فنزعه، أو لا يركب) أي: لو حلف لا يركب (هذه الدابة، وهو) أي: والحال أنَّ الحالف (راكبها، فنزل، أو لا يسكن) أي: لو حلف لا يسكن (هذه الدَّار، وهو بها) أي: والحال أنَّ الحالف ساكناً فيها، (فأخذ في الثقل) أي: شرع أن ينتقل منها في الحال؛ (لم يحنثُ) لأنَّ هذه الأفعال مما يمتدُّ ويضرب لها آجال، ويقال: لبست يوماً، وركبت يوماً، وسكنت شهرًا، فأعطي لبقائها حكم ابتدائها.

(أو لا يسكن) أي: لو حلف لا يسكن (هذه الدَّار، فخرج، وخلف أهله ومتاعه) يعني: بقي فيها أهل الحالف ومتاعه؛ (حنث) لأنه يعدُّ ساكناً ببقاء أهله ومتاعه فيها عرفاً، والمحلَّة والسكَّة كالدار في هذا الحكم. ولو حلف لا يسكن هذا المصر، فخرج وترك أهله فيه؛ لم يحنثُ؛ لأنه لا يعدُّ ساكناً فيه عرفاً. والقرية بمنزلة المصر في الصَّحيح.

قال أبو حنيفة: لا بُدُّ من نقل جميع الأمتعة، حتى لو بقي بعضه يحنث. وهذا أصل له، كما إذا بقي مسلمٌ واحدٌ في بلد ارتدَّ أهله؛ يصير مانعاً عنده من أن يصير دار حرب، إلا أنَّ مشايخنا قالوا: هذا إذا كان الباقي مما يقصدُ به السُّكنى، فأما بقاء مكنسةٍ أو تديٍّ أو قطعةٍ حصيرٍ لا يبقى ساكناً، فلا يحنثُ، وينبغي أن ينتقل إلى منزل آخر بلا تأخير، ولو انتقل إلى السكَّة أو إلى المسجد يحنثُ؛ لأنه ما لم يتخذ منزلاً آخر؛ فالأول منزل له، وإن كان في طلب مسكنٍ آخر، فترك أمتعته فيها؛ لا يحنثُ في الصَّحيح؛ لأنَّ طلب المنزل من عمل الثقل، فصار مدَّة طلبه مستثنى بحكم العرف إذا لم يفرط في الطلب. وقال أبو يوسف: نقل أكثره قائم مقام الكل.

وقال محمد³: المعتبر في ذلك نقل ما هو يقوم به ضرورته؛ لأنَّ ما وراء ذلك ليس من السُّكنى. استحسِن المشايخ هذا القول، وعليه الفتوى.

(أو لا يخرج) أي: لو حلف لا يخرج (من المسجد، فأمر من أخرجه؛ حنث) لأنَّ فعل المأمور ينتقل إلى الأمر، (ولو كان مكرهاً أو برضاه لم يحنث) يعني: إذا حمله إنساناً، فأخرجه من غير اختيارٍ منه، أو حمله وأخرجه وهو راضٍ به، ولكن لم يأمره؛ لم يحنثُ؛ لأنه لم يأمر بإخراجه، فلم يوجد منه فعل، حتى إن هدَّده، فخرج بنفسه؛ يحنثُ؛ لوجود الفعل منه حقيقةً.

¹ ح: يقع.

² د - لا.

³ د - محمد.

(أو لا تخرج امرأته إلا بإذنه) يعني: إن قال لامرأته: إن خرجتِ إلا بإذني فأنت طالق. (اشترط الإذن على كل خروج) ليكون بارًا، حتى لو خرجت بإذنه، ثم خرجت مرة أخرى بلا إذنه؛ حنث؛ لأن الأصل في الاستثناء أن يكون المستثنى من جنس المستثنى منه، والإذن ليس من جنس الخروج، والباء يقتضي مُلصقًا به، فيكون التقدير: إن خرجتِ إلا خروجًا ملصقًا بإذني، فيكون ما وراء الخروج المقرون بالإذن باقياً تحت اليمين.

(أو إلا أن أذن) يعني: إن قال: إن خرجتِ إلا أن أذن لك فأنت طالق، (اشترط مرة) يعني: إذا أذن لها مرة، فخرجت، ثم خرجت بعدها بلا إذن؛ لم يحنث؛ لأن استثناء الإذن من الخروج باطل، ولم يكن فيه باءٌ يقتضي إصاقه بالخروج، فتعين المجاز، وهو أن يُجعل غايةً، فيصير كقوله: حتى أذن لمناسبة بينهما، وهي أن كل واحدٍ مما بعد الغاية والاستثناء يكون مخالفاً لما قبله. فإن قيل: يشكل هذا بقوله تعالى: ﴿لَا تَدْخُلُوا بُيُوتَ النَّبِيِّ إِلَّا أَنْ يُؤْذَنَ لَكُمْ﴾ [الأحزاب، 53/33]، فإن الإذن لا بُدَّ منه في كل مرة من الدخول.

قلنا: اشتراط الإذن ما ثبت بهذا النص، بل بأصل آخر، وهو أن الدخول في ملك الغير بغير إذنه حرام، فإن قال الحالف في المسألة الأولى: أردت بقولي: إلا أن أذن لك: إلا بإذني¹؛ صدق ديانة لا قضاء؛ لأن فيه تخفيفاً، وإن قال في هذه المسألة: أردت بقولي: إلا أن أذن لك: إلا بإذني؛ صدق قضاء؛ لأن فيه تشديداً عليه.

(ولو أذن) الرجل بخروج امرأته في المسألة السابقة، (ولم تسمع، فخرجت؛ لم يحنثه) أي: لم يجعل أبو يوسف الحالف حائناً. وقالوا: يكون حائناً.

له: إن الإذن عبارة عن الإطلاق، وقد وجد، فلا يشترط علم غيره كالرضا.

ولهما: إن الإذن مشتق من الأذان، وهو الإعلام، وذا لا يتحقق إلا بالسماع، كإذن العبد في التجارة حيث يشترط العلم فيه. (أو لا تخرج إلا بإذنه) يعني: إذا قال: إن خرجتِ إلا بإذني فأنت طالق، (ثم أذن لها فيه متى شاءت) يعني: قال لها: أذنت لكي أن تخرجي كلما شئت، (ثم نهاها) أي: امرأته عن الخروج، (فخرجت؛ لم يحنثه) أبو يوسف. (وخالفه) محمداً؛ لأن الإذن بطل بالتهي، فكان خروجاً بغير إذن. (كما لو خص الإذن) يعني: كما إذا أذن لها بالخروج مرة، ثم نهاها، فخرجت؛ يحنث اتفاقاً. ولأبي يوسف: إنه لَمَّا أذن لها بالخروج متى شاءت؛ اتصل الإذن بجميع الخراجات الممكنة، ففات شرط الحنث، وهو الخروج بغير إذن، فبطل اليمين لفوات شرطها، فبالتهي لا يعود، بخلاف ما ذكر من المثال؛ لأن ثمة اليمين باقية؛ لبقاء الشرط في الجملة، فتطلق.

(ولو أرادت الخروج، فقال: إن خرجتِ فأنت طالق، فجلست، ثم خرجت؛ لم يحنث) لأن مراد الحالف: الرجوع عن تلك الخرجة عرفاً، وتسمى هذه: يمين الفور، تفرّد أبو حنيفة بها، وكانوا من قبل يقولون: اليمين نوعان: مطلقة ومؤقتة، فخرج قسمًا ثالثاً، وهو المؤقتة معنى والمطلقة لفظاً، والمطلق يتقيد بدلالة حال المتكلم.

(أو ليأتين البصرة، فلم يأت؛ حنث في آخر جزء من حياته) لأن تركه إنما يتحقق به؛ إذ البر قبله موهوم.

(أو ليأتين إن استطاع؛ حُمِل على استطاعة الصبحة) وهي أن يرتفع الموانع من المرض وغيره؛ لأنه هو المتعارف، وعليه قوله تعالى: ﴿وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا﴾ [آل عمران، 97/3]. (لا القدرة) أي: لا يحمل على الاستطاعة الحقيقية التي يحدثها الله للعبد حالة الفعل مقارنة للفعل، فإن نوى بها القدرة؛ صدق ديانة، وفي رواية: يصدق قضاء أيضاً؛ لأنه نوى حقيقة كلامه.

وفي «المنتقى»: حلف: لا يأتي فلاناً، فأتى منزله أو حانوته؛ حنث؛ لأن الإتيان هو الوصول إلى مكانه، لقيته أو لم يلقه، ولو أتى مسجده؛ لم يحنث.

(أو لا يركب) أي: لو حلف لا يركب (داية زيد، فركب دابةً عبده المأذون؛ فهو غير حائث) عند أبي حنيفة (في المستغرق بالدين) أي: في المأذون الذي استغرق دينه بركبته (مطلقاً) أي: نواه أو لم ينو، (وحائث في غيره) أي: غير المستغرق بالدين (إن نواه، ويحكم بالحنث بالنية) يعني: قال أبو يوسف: يكون حائثاً إن نوى أن لا يركب دابةً² عبده، سواء كان عليه دين أو لم يكن، مستغرقاً³

¹ د: إلا بإذني إلا أن أذن لك.

² د: بداية.

³ د: مستغرق.

أو لم يكن. (لا مطلقاً) يعني: عند محمدٍ: يحنثُ، نواه أو لم ينو، وعليه دينٌ أو لا؛ لأن المأذونَ ملكُ المولى، فلا يحتاجُ إلى النيَّةِ، ودينُ العبد لا يمنعُ ملكَ المولى في كسبه عندهما.

ولأبي يوسف: إنَّ دابةَ المأذونِ مضافٌ إليه عرفاً، وإن كان ملكاً لمولاه، فلا بُدَّ من النيَّةِ.

ولأبي حنيفة: إنَّ النيَّةَ شرطٌ كما قاله أبو يوسف، لكن دينُ العبد إذا كان مستغرقاً يمنعُ ملكَ المولى، فيشترطُ فراغه عن¹ الدَّينِ.

(وكذا الخلافُ والتفصيلُ في دخول عبيدِ مأذونه في قوله: أعتقتُ عبيدي) يعني: إذا قال: أعتقتُ عبيدي، ولعبدِ المأذونِ

عبيدٌ، فعند أبي حنيفة: لا يعتقون في المستغرق مطلقاً، ويعتقون إذا نواهم في غير المستغرق، وقال أبو يوسف: إذا نواهم يعتقون وإن كان مستغرقاً، وقال محمدٌ: يعتقون في الوجه كِلَيْها.

(أو لا ينأى على هذا الفراش، فنام عليه وفوقه قرامٌ) وهي الشقَّة من الكرياس؛ (حنث) لأن القرامَ تبعٌ للفراش. (ولو جعل فوقه

آخرٌ) أي: الحالف فوق الفراش فراشاً آخرٌ؛ (يحنثه) أي²: أبو يوسف؛ لأنه نام عليهما جميعاً حقيقةً وعرفاً؛ لأنه يقال: نام على فراشين. (وخالفه) أي: قال محمد: لا يحنث؛ لأنه إنَّما نام على الأعلى دون الأدنى، ولا يمكن جعله تبعاً للمحلوف عليه؛ لأنه مثله.

(أو لا يجلسُ على الأرض، فجلس على حصيرٍ؛ لم يحنث) لأنه لا يعدُّ جالساً على الأرض عرفاً؛ بخلاف ما لو جلس على

الأرض بنباهة؛ لأنَّها تبعٌ له، فلا يعتبُرُ حائلاً. (أو على هذا السرير) أي: لو حلف لا يجلسُ على هذا السرير، (فجلس عليه وفوقه حصيرٌ؛ حنث) لأنه يعدُّ جالساً عليه عرفاً، (لا بسريرٍ آخر) أي: لا يحنثُ لو جعل فوقه سريراً آخر، فجلس على الثاني؛ لأن الشَّيء لا يستتبعُ مثله.

(فصلٌ في اليمين في الأكل والشرب)

الأكل: إيصالُ ما يتأتَّى فيه المضغُ إلى الجوف، مضموعاً كان أو غيره، فلا يكون اللبُّ والسويقُ مأكولاً.

والشرب: إيصالُ الشَّيء إلى جوفه بفيه مما لا يتأتَّى فيه المضغُ والهشمُ في حال إيصاله.

والدوق: معرفةُ الشَّيء بفيه من غير إدخالٍ عليه.

وقيل: الأكلُ والشربُ عبارةٌ عن عملِ الشِّفاه والحلق، فعلى هذا يكون اللبُّ مأكولاً.

والابتلاعُ عبارةٌ عن عملِ الحلق دون الشِّفاه، والمصُّ عبارةٌ عن عملِ اللِّهارة خاصَّةً.

(ومن حلف: لا يأكل من هذه النخلة؛ كان) الحلفُ واقعاً (على ثمرها) لأن عينها غيرُ مأكولةٍ، حتى لو أكل نبيذَ نخلةٍ أو

دبسها لا يحنثُ؛ لأنه مضافٌ إلى فعلِ حادثٍ، لا إلى النخلة. ولو حلف: لا يأكل من هذه الشَّاة؛ إنَّما يحنثُ بلحمها دون لبنها؛ لأنَّها مأكولةٌ، فينعتدُّ اليمينُ عليها، ولو لم يكن للشَّجرة ثمرٌ؛ ينصرفُ اليمينُ إلى ثمنها.

(أو من هذه البُسْر، فترطب) أي: صار رطباً، (فأكله؛ لم يحنث) لأن صفةَ البسورة زالت عنه، وهي تصلحُ أن تكون داعيةً

إلى اليمين، فيتقيَّدُ بها.

(أو لحم هذا الحمل) أي: لو حلف لا يأكلُ من لحم هذا الحمل، (فصار كبشاً؛ حنث بأكله) لأن صفةَ الصَّعْر لا يكون

داعيةً إلى اليمين، وكذا لو حلف لا يكلمُ هذا الصبيَّ أو هذا الشابَّ، فكلمه بعدما شاخ؛ يحنثُ؛ لأن الشرعَ أمرنا بتحمُّلِ أخلاقِ الفتيانِ ومدارةِ الصبيان، فلم يصحَّ اعتبارُ ذلك الدَّاعي شرعاً.

(أو بُسرًا) أي: لو حلف لا يأكلُ بُسرًا، (فأكل رطباً؛ لم يحنث) لأن المأكولَ غيرَ المحلوف عليه. (أو بُسرًا، فأكل رطباً

مذنباً) بكسر النون، وهو الرطبُ الذي في ذنبه قليلُ بُسرٍ، (أو بالعكس) أي: لو حلف: لا يأكلُ رطباً، فأكل بُسرًا في ذنبه قليلُ رطبٍ؛ (لم يحنثه) أي³: أبو يوسف. وقالوا: يحنثُ.

قيدٌ بقوله: «رطباً مذنباً»؛ لأنه لو أكل بُسرًا مذنباً⁴. وهو الذي في ذنبه شيءٌ من الرطب. في المسألة الأولى، أو أكل رطباً

مذنباً. وهو الذي في ذنبه شيءٌ من البُسْر. في المسألة الثانية يحنثُ إتِّفاقاً. من «الحقائق».

¹ د: من.

² د - أي.

³ د - أي.

⁴ ح - مذنباً.

له: إِنَّ البُسْرَ المَذْبَبَ لا يسمي رطبًا، ولا الرطبُ المَذْبَبُ بُسْرًا؛ لأنَّ المَعْلُوبَ في حكم المَسْتَهْلَكِ بالغالب، ولهذا لو حلف لا يشتري رطبًا، فاشترى بُسْرًا مَذْبَبًا؛ لا يحنثُ.

ولهما: إِنَّه أكلَ المحلوفَ عليه وزيادةً، فيحنثُ، فصار كما لو ميَّز ما حلف عليه، فأكله، بخلاف البسْر؛ لأنه يصادفُ الجميعَ، فيستتبعُ الكثيرُ القليلَ، ولهذا لو حلف لا يأكل شعيرًا، فأكل حنطةً فيها حباتٌ شعيرٍ؛ يحنثُ.
فإن قيل: لو حلف لا يشرب اللبن، فأكل لبنًا مصبوغًا فيه الماء؛ لا يحنثُ اتِّفَاعًا، فلمَ لم يقلوا هنا: شربَ المحلوفَ وزيادةً، فيحنثُ؟

قلنا: لأنَّ الاستهلاكَ هنا أكملٌ؛ لعدم تميُّز مكانه من مكان الماء وقت التناول.
(أو لحمًا) أي: لو حلف لا يأكل لحمًا، (فأكل سمكًا؛ يحنثه) أي¹: أبو يوسف. وقالوا: لا يحنثُ.
له: قوله تعالى: ﴿تَأْكُلُونَ مِنْهُ لَحْمًا طَرِيًّا﴾ [النحل، 14/16]، والمراد: لحم السمك إجماعًا.
ولهما: إِنَّ اللحمَ ينشأ من الدم، ولحم السمك ليس كذلك؛ لأنَّ الدمويَّ لا يسكن الماء، ولهذا يحلُّ بلا ذكاةٍ، ومطلقُ الاسم يتناولُ الكاملَ دون القاصر.

ولو أكل لحمَ خنزيرٍ أو إنسانٍ؛ يحنثُ؛ لأنه لحمٌ حقيقَةٌ وإن كان حرامًا. وقال العتابيُّ: لا يحنثُ؛ لأنه لا يُستعملُ استعمالَ اللحوم، وعليه الفتوى.

(أو شحمًا) أي: لو حلف لا يأكل شحمًا؛ (فهو على شحم البطن) عند أبي حنيفة، فلا يحنثُ إلا بأكله. (وقالوا): يحنثُ (بأكل شحم الظهر أيضًا) لأنه يذاب كشحم البطن، ولكونه شحمًا استثنى من الشحوم في قوله تعالى: ﴿وَمِنَ الْبَقَرِ وَالنَّعَمِ حَرَّمَآ عَلَيْنَا شُحُومَهُمَا إِلَّا مَا حَمَلَتْ ظُهُورُهُمَا أَوْ الْحَوَايَا أَوْ مَا اخْتَلَطَ بِعَظْمٍ﴾ [الأنعام، 146/6]، والأصل في الاستثناء أن يكون المستثنى من جنس المستثنى منه، فصارت الشحومُ أربعةً: شحمُ الظهر، وشحمٌ مختلطٌ بالعظم، وشحمٌ على ظاهر الأمعاء، وشحمُ البطن.

وله: إِنَّ هذا لحمٌ حقيقَةٌ ينشأ من الدَّم، وله قُوَّةُ اللَّحْمِ، ويُستعملُ في القلايا استعمالَ اللحوم لا الشحوم.
وضع في الأكل؛ لأنه لو كان يميئه على البسْر؛ لا يحنثُ بهذا اتِّفَاعًا. من «الحقائق».
هذا كله فيما إذا حلف على الشحم بلفظٍ عربيٍّ، وأما إذا قال بالفارسيَّة: بيه؛ لا يحنثُ بأكل اللحم السَّمين الذي على الظهر اتِّفَاعًا، ويحنثُ بأكل الشَّحْمِ² المتَّصل بالظَّهر اتِّفَاعًا.

(أو من هذه الحنطة) يعني: لو حلف لا يأكل من هذه الحنطة؛ (فالحنثُ بقضمها) يعني: لا يحنثُ عند أبي حنيفة حتى يأكلها عينها. (وقالوا: بأكل خبزها أيضًا) يعني: كما يحنثُ بأكل عينها يحنثُ بأكل خبزها؛ لأنَّ أكلَ الحنطة مجازٌ عرفًا عن أكل ما يتخذُ منها، فيصرفُ إليه، إلا أنَّه إذا أكلها قضمًا يحنثُ أيضًا؛ لأنه مستعملٌ معناها³ حقيقَةً، فصار كما إذا حلف لا يدخلُ دارَ فلانٍ، فدخلها حافيًا أو راکبًا؛ يحنثُ.

وله: إِنَّ الكلامَ إذا كان له حقيقَةٌ مستعملةٌ؛ فالعملُ بها أَوْلَى من المجاز المتعارف، فصار كما لو⁴ حلف أن لا يأكل من هذه الشَّاة فأكل لبنها؛ لا يحنثُ.

وفي «الحقائق»: هذا إذا لم ينو شيئًا، وإن نوى أن لا يأكل حبًّا حبًّا؛ يحنثُ بأكلها حبًّا حبًّا، ولا يحنثُ بأكل خبزها اتِّفَاعًا. (وحثه) أي: جعله محمدٌ حائثًا (بأكل سويقها) وقالوا: لا يحنثُ، أمَّا أبو حنيفة؛ فقد مرَّ على أصله من أنَّ اليمينَ يصرَفُ إلى عين الحنطة، ومحمدٌ على أصله من أنَّها محمولةٌ إلى ما يتخذُ منها، لكنَّ أبا يوسف قال: المتعارفُ هو الخبرُ لا السويقُ.
(أو من هذا الدقيق) يعني: لو حلف لا يأكل من هذا الدقيق، (فأكل خبزَه؛ حنث) لأنَّ عينَه غيرُ مأكولٍ، فانصرف اليمينُ إلى ما يتخذُ منه، ولو أكل عينَه؛ لا يحنثُ لتعني المجاز مرادًا، وهو الصحيح. وإن عني الدقيق؛ لم يحنثُ إن أكل خبزَه؛ لأنه نوى حقيقته.

1 د - أي.

2 د: اللحم.

3 د: معناه.

4 د: إذا.

(أو خبزًا) أي: لو حلف: لا يأكل خبزًا (اعتبر المعتاد في المصر) وهو خبز الحنطة أو الشعير؛ لأن مبنى اليمين العرف، وهو الغالب في البلدان. (فلا يحنثُ بخبز الأرز والقطائف بالعراق) لأن أهله غير معتادين بأكله، حتى لو كان بطبرستان أو في مصر يعتاد أهله أكل خبز الأرز؛ يحنثُ بأكله.

(أو شواء) يعني: لو حلف: لا يأكل شواء؛ (كان على اللحم) المشوي، فلا يتناول الشلج المشوي ونحوه إلا إذا نواه. (أو طبخًا؛ فعلى ما يطبخ منه) أي: من اللحم بالماء؛ لأنه هو المتعارف، والقلية اليابسة لا يسمّى مطبوخًا إلا أن ينوي غيره، وإن أكل من مرق اللحم؛ يحنثُ أيضًا؛ لِمَا فيها من أجزاء اللحم.

(أو رأسًا؛ اعتبر التعارف) وهو ما يكبس في التناير، ويباع في المصر، وإن نوى الرأس كلها؛ فهو على ما نوى. (أو فاكهة، فأكل عنبًا، أو رمانًا، أو رطبًا؛ فهو غير حانثٍ) عند أبي حنيفة. وقالوا: يحنثُ؛ لأن الفاكهة ما يتفكك بها، أي: يتنعم قبل الطعام وبعده، وهذه الأشياء يتفكك بها في العادة.

وله: إن هذه الأشياء كما يؤكل تفككها؛ يؤكل تغذيًا كالعنب والرطب والرمان، فيكون فاكهة من وجه، فلا تدخل تحت الإطلاق إلا بالنية، كما أن المكاتب لا يدخل في قوله: كل مملوك لي حر؛ لأنه مملوك من وجه. ولو أكل من ثمار الأشجار كالتفاح والإجاص والخوخ ونحوها؛ يحنثُ اتفاقًا.

وفي «المحيط»: اليابس من ثمار الشجر فاكهة إلا البطيخ، وذكر شمس الأئمة السرخسي في «شرح» البطيخ ليس من الفاكهة؛ لأن ما لا يكون يابسه فاكهة في عاقبة البلدان؛ فرطبه لا يكون فاكهة.

(أو إدامًا) أي: لو حلف لا يأكل إدامًا، ولا نية له؛ (فهو على ما يسطبع به) أي: محمول على شيء يختلط به الخبز، بأن يكون مائعا عند أبي حنيفة، كالخل والزيت والمرق والعسل ونحوها. (وحنثه) محمد (بأكل اللحم، أو الجبن، أو البيض) لأن الإدام مأخوذ من المداومة، وهي الموافقة، وهذه الأشياء تؤكل مع الخبز موافقة له.

وله: إن الإدام ما يؤكل تبعًا للخبز، وحقيقة التبعية الموافقة¹ في الاختلاط؛ لأنه إذا لم يختلط وصار مجاوزًا؛ لا يعرف أن اللحم إدام للخبز أو عكسه.

(ويوافقهما) أي: أبو يوسف صاحبيه (في روايتين).

(أو إن أكلت) أي: لو قال: إن أكلت (اليوم إلا رغيًا فعبدي حر، فأكله) أي: الرغيف (بأحد هذه) أي: بلحم، أو جبن، أو بيض؛ (لم يحنثه) أبو يوسف؛ لأنه استثنى الرغيف، وهذه الأشياء تبع له، فلم يُعتبر أكله.

اعلم أنه ترك أصله؛ لأن هذه الأشياء ليست بإدام عنده، وكان ينبغي أن يحنث، إلا أنه قال: يؤكل تبعًا ويؤكل مقصودًا، فلا يحنث بالشارح.

(وخالفه) أي: قال محمد: يحنث.

اعلم أنه ترك أيضًا أصله؛ لأن هذه الأشياء عنده إدام، فكان ينبغي أن لا يحنث، إلا أنه قال: قد يؤكل مقصودًا، فلا يصير تبعًا بالشارح، فيحنث.

(أو لا يتغدى) أي: لو حلف أن لا يتغدى؛ (يحنث بالأكل من الفجر إلى الظهر) لأن الغداء في اللغة اسم طعام الغداة، وهي إلى الظهر، ولهذا سمي صلاة الظهر صلاة العشاء.

(أو لا يتعشى) أي: لو حلف أن لا يتعشى؛ (فمنه إلى نصف الليل) أي: يحنث بالأكل من الظهر إلى نصف الليل؛ لأن العشاء في اللغة: طعام يؤكل بينهما، فيُطلق على الوقت توسعًا.

(أو لا يتسحر) أي: لو حلف أن لا يتسحر؛ (فمنه إلى الفجر) أي: يحنث بالأكل من نصف الليل إلى الفجر؛ لأن السحور مأخوذ من السحر، وهو آخر الليل قبل طلوع الفجر، وما بعد نصف الليل قريب منه، فيتناوله.

ثم مقدار الغداء والعشاء: أن يأكل أكثر من نصف الشبع، حتى لو أكل لقمة أو لقمتين لا يحنث؛ لأنه لا يسمّى غداء عادة، وشرط أن يكون المأكول من جنس ما يأكله أهل بلده عادة، حتى لو شرب اللبن، وشبع في الغداء: إن كان حضرًا؛ لا يحنث، وإن كان بدويًا؛ يحنث.

¹ د: والموافقة.

(أو إن أكلت) أي: لو قال: إن أكلت (أو شربت، أو لبست) فعبدي حرٌّ، ولم يذكر مفعولَه، (وخصَّص) أي: قال: عنيتُ في قولي: إن أكلت طعامًا دون طعامٍ، وكذا في أخواته. (لم يُسمِع مطلقاً) أي: لا ديانة ولا قضاء؛ لأن مفعول كلِّ فعلٍ منها غير ملفوظٍ، والنتيجة إنّما يعمل في الملفوظ؛ لتعيين المحتمل، والطعام ونحوه غيرُ مذكورٍ، وإنّما ثبت بطريق الاقتضاء، والمقتضى لا عموم له، فلا يجوز تخصيصه.

فإن قلت: ثبت أنّ المقتضى أمرٌ شرعيٌّ، وافتقارُ الأكل إلى الطعام ليس كذلك؛ لأنه يعرفه من لم يعرف الشرع. قلنا: لعلَّ المصنّف اختار ما اختاره بعضُ المحققين من أنّ المقتضى هو الذي لا يدلُّ اللفظُ، ولا يكون ملفوظًا، ولكن يكون من ضرورة اللفظ، أعظم من أنّ يكون شرعيًّا أو عقليًّا. فإن قلت: يشكُّك على هذا بما إذا قال: إن ساكنتُ فلانًا، ونوى المساكنة في بيتٍ واحدٍ؛ يصدّقُ ديانة، مع أنّ المسكن غيرُ مذكورٍ.

قلت: المساكنة متنوّعة يكون في دارٍ وفي بيتٍ، وأنّما أن تكون في بيتٍ، وثبته النوع في الفعل صحيحٌ. (أو طعامًا أو شرابًا، فخصَّص) أي: لو قال: إن أكلت طعامًا، أو شربت شرابًا، أو لبست ثوبًا فعبدي حرٌّ، وقال: عنيتُ به طعامًا دون طعامٍ؛ (فبُلب ديانة) لأن المفعول ملفوظٌ منكرًا، ذكر في محلِّ الشرط، فيكون عامًّا، ويجوز تخصيصه، إلا أنه لَمَّا كان خلافَ الظاهر؛ لم يصدّق في القضاء.

(أو لا يشرب) أي: إن حلف: لا يشرب (من دجلة؛ فهو على الكرع) يعني: إنّما يحنثُ عند أبي حنيفة إذا تناول الماءَ بفمه من ذلك النَّهر. (وحنثاه بالشرِّب من مائها) باعترافٍ أو بيانٍ؛ لأنه هو المتعارف. وله: إنّ حقيقة الشرب من دجلة أن يكون فمُه متصلاً بها، فيكون أولى من المجاز المتعارف، وإن نوى به الاعتراف؛ صحَّحَ ثبته عنده ديانة لا قضاء؛ لأنه مجازٌ. ولو نوى به الكرع؛ صحَّحَ ثبته عندهما قضاءً وديانةً؛ لأنه حقيقةٌ كامله. من «الحقائِق». ولو شرب من نهرٍ أخذ من دجلة؛ لا يحنثُ إجماعًا؛ لحدوث النسبة إلى غيره. ولو قال في يمينه: لا يشرب من ماء دجلة، فشرب من نهرٍ أخذ منها؛ يحنثُ؛ لأن ماء من دجلة. قيّد بقوله: «من دجلة»؛ لأنه لو قال: لا يشرب من هذه البئر؛ ينصرفُ يمينه إلى الاعتراف اتِّفاقًا؛ لتعدُّ الكرع فيها، ولو تكلفَ وشرب بالكرع؛ لا يحنثُ؛ لأن الحقيقة والمجاز لا يجتمعان.

(أو من ماء دجلة) يعني: لو ذكر لفظ الماء معها؛ (حنث بالغرف) اتِّفاقًا كما بالكرع؛ لأن نسبة الماء إليها لا ينقطع به. (ولا يجعل) أبو يوسف (تصوُّر البرِّ شرطاً لانعقاد اليمين المطلقة) عن الوقت، كما إذا قال: والله لأشربنَّ الماء الذي في هذا الكوز، ولا ماء فيه؛ ينعقد اليمين، وحنثُ في الحال عند أبي يوسف. وقالوا: لا يحنثُ. وإن كان في الكوز ماءً، فأريق بعد اليمين؛ يحنثُ اتِّفاقًا.

(وبقاء المؤقتة) أي: لم يجعل أبو يوسف تصوُّر البرِّ شرطاً لبقاء اليمين المقيّدة بوقتٍ إلى آخر جزءٍ من أجزاء ذلك الوقت، (فيحكم) أبو يوسف (بحنثه في يمينه: ليشربنَّ ماء هذا الكوز اليوم، فصبَّ قبل مضيِّه) أي: مضيِّ اليوم، فعنده يبقى يمينه، وحنثُ في آخر اليوم، وعندهما: لا يبقى يمينه، فلا¹ يحنثُ أبدًا.

(أو ليأكلن) يعني: يحكم أبو يوسف بحنثه في يمينه: ليأكلنَّ (اليومَ الرغيفَ، فأكل قبله) أي: أكله غيره قبل مضيِّ اليوم. (أو ليقضينَّ حقه) أي: حقَّ فلانٍ اليوم، (فسقط) حقه قبل مضيِّ اليوم (بالإبراء، أو ليقتلنَّه) أي: حلف ليقتلنَّ فلانًا اليوم، (فمات) فلانٌ فيه، (أو كان جاهلاً بموته) حين حلف ليقتلنَّه. (أو إن رأيتُ عمراً فلم أُغلبك فعبدي حرٌّ، ثمَّ رآه معه) أي: عمراً مع المخاطب، ولم² يقل شيئاً، ففي هذه المسائل يحنثُ عنده، ولا يحنثُ عندهما.

وفي «الكفاية»: الخلافُ في الحنث بعد مضيِّ الوقت؛ لأنه لا يحنثُ قبله اتِّفاقًا في ظاهر الرواية؛ لأن هذا اليمين مؤقَّتة، فلا يحنثُ قبل مضيِّ الوقت، ولو كان اليمين مطلقاً؛ يحنثُ في الحال حين هلك المحلوف عليه اتِّفاقًا. ومبنى الخلاف: أنّ تصوُّر البرِّ ليس بشرطٍ لانعقاد اليمين عنده، وشرطٌ عندهما.

¹ د: ولا.

² د: فلم.

وحاصله: إنَّ محلَّ اليمين عنده خبرٌ في المستقبل، سواءً كان الحالفُ قادرًا عليه أو لا، ألا يرى أنَّ اليمينَ على مسيِّ السَّماءِ منعقدٌ؟ ففي المطلقةِ يحنثُ بعد الفراغ من اليمين؛ لعجزه عن البرِّ، وفي المؤقتةِ يحنثُ في آخر جزئه؛ لأنَّ الوقتَ في هذه ليس معيارًا للأفعال المحلوف عليها، وكلُّ جزءٍ منه يحتملُ أن يكون محللاً للبرِّ، والجزءُ الأخيرُ تعيَّن لوجوب البرِّ، فلما فات تعيَّن الحنثُ فيه، وعندهما: محلُّها خبرٌ فيه رجاءُ الصِّدْق؛ لأنَّ محلَّ الشَّيء ما يكون قابلاً لحكِّمه، وحكِّم اليمين البرُّ، وذا لا يتحقَّق فيما ليس فيه رجاءُ الصِّدْق، فلا ينعقدُ، ففي المطلقةِ إذا لم يكن في الكوز الماء؛ لم ينعقدُ لانعدام رجاءِ الصِّدْق.

فإن قلت: كان ينبغي أن ينعقد؛ ليظهر أثرها في حقِّ الخلف، وهو الكفارة.

قلنا: شرطُ انعقاد السَّبب في حقِّ الخلف: احتمالُ الانعقاد في حقِّ الأصل، ولا احتمالُ هنا؛ لعدم تصوُّر البرِّ.

وإذا كان فيه ماء، فأريق؛ انعقد اليمينُ من الابتداء، فإذا عجزَ عن البرِّ بالإرافة؛ تحقَّق الحنثُ.

وفي المؤقتةِ انعقد اليمينُ، لكنَّها لم يبقَ إذا أريق الماءُ أو أُكَلَّ الرغيفُ قبل الجزء الأخير؛ لانعدام رجاءِ الصِّدْق، فلا يحنثُ. قيَّد بقوله: «أو كان جاهلاً به»؛ لأنه لو كان عالماً بموته؛ ينعقد اليمينُ على معنى: لأقتلَّه إن خلق الله فيه الحياة، ويحنثُ في الحال لعجزه اتِّفاقاً.

فإن قلت: لم يمتفقوا على انعقاد اليمين في مسألة الكوز إذا علم عدم الماء على تقدير أن خلق الله فيه الماء كما قدر في مسألة القتل؟

قلنا: قوله: لأشربنَّ الماء الذي في هذا الكوز يقتضي وجود الماء؛ لأنَّ الإشارةَ إلى المعدوم لا يصحُّ، وإذ كان هذا عبارةً عن الموجود يُعتبر بما لو نصَّ عليه، ولو نصَّ عليه¹ وقال: لأشربنَّ الماء الموجود في هذا الكوز إن خلق الله فيه الماء؛ لا يستقيم، ويكون وصفاً منه للشَّيء بالوجود والعدم، فلا يثبت اقتضاءً. وأما في مسألة القتل؛ فلو قيَّد: لأقتلنَّ فلاناً إن خلق الله فيه الحياة؛ كان مستقيماً؛ لأنَّ الحياة لو عادت إليه؛ كان فلاناً بعينه، فأمكن إثباته اقتضاءً.

وفي مسألة الكوز: لو خلق الله فيه الماء؛ لم يكن محلوفاً عليه، والمحلوفُ عليه هو الماء الذي فيه وقت اليمين، فلا فرق في مسألة الكوز بين أن يكون عالماً بعدم الماء أو لم يكن وقت اليمين. كذا في «الكفاية».

وبهذا التَّقرير سقط اعتراضُ المصنِّف في «شرحه»: بأنَّه لا فرق بين مسألتي القتل والكوز في تفصيل العلم فيهما وعدمه.

(وحكمنا بانعقادها على المستحيل عادةً) كما إذا حلف: ليصعدنَّ السماء، (وبالحنث في الحال) عقيب اليمين.

هذا إذا حلف مطلقاً، وأمَّا إذا وقت اليمين؛ لا يحنث ما لم يمضِ ذلك الوقت.

وقال زفر: لا ينعقد؛ لأنَّ المستحيل عادةً كالمستحيل حقيقةً.

ولنا: إنَّ البرَّ متصوَّرٌ هنا حقيقةً²؛ لأنَّ بعضَ الأنبياءِ صعدوا السماء، فينعقدُ اليمينُ، ثمَّ يحنثُ بالعجز عن تحقيق البرِّ ظاهراً، كما إذا مات الحالفُ قبل أن يفعل المحلوفَ عليه يحنث؛ لعجزه ظاهراً مع احتمال إعادة الحياة وفعله.

(فصلٌ في اليمين في الكلام واللبس والتحلي)

(ومن حلف: لا يكلمنَّ زيداً، وكلمه وهو نائمٌ بحيث يسمع) لو لم يكن نائماً؛ (حنث) لأنَّ الكلام حصل ووصل³ سمعه، لكنَّه لم يفهمه لنومه.

(وإيقاظه به) أي: إيقاظ النائم بكلامه (شرطاً) عند أبي حنيفة (في رواية) لأنه إذا لم ينتبه بكلامه صار كما لو ناداه من بعيد.

وفي «النهاية»: من حلف أن لا يكلمنَّ زيداً؛ إنَّما يحنث إذا كلمه بكلامٍ منقطعٍ عن اليمين، فإن كان موصولاً بها، نحو أن يقول:

إن كلمتكَ فعبدي حُرٌّ فأذهب؛ لا يحنث؛ لأنه من تمام الكلام الأوَّل، إلا أن يريد به كلاماً مستأنفاً. (أو إلا بإذنه) يعني: من حلف لا

يكلمنَّ زيداً إلا بإذنه (فأذن، ولم يعلم) الحالفُ بإذنه، (فكلمته؛ لم يحنثه) أبو يوسف. وقالوا: يحنث. مرَّ مثل هذه المسألة في الفصل

السابق، وهو: ولو أذن، ولم يسمع، فخرجت؛ لم يحنثه أبو يوسف. والدليلُ من الطرفين مذکورٌ فيه.

¹ ح - ولو نص عليه.

² ح - ولنا إن البر هنا متصور حقيقة.

³ د + إلى.

(أو شهراً) أي: إن حلف: لا يكلمُ زيداً شهراً (ابتداءً) الحالفُ (من حين حلف) لأنه لو لم يقيد به؛ لتأبذت يمينه، فصار الشهرُ مخرجاً ما وراءه، فبقي متصلاً بالإيجاب.

(أو لا يتكلمُ، فقرأ في الصلاة؛ لم يحنث) لأن القراءة في الصلاة لا يعدُّ كلاماً عرفاً ولا شرعاً؛ لأن الكلام في الصلاة حرامٌ، وهي مباحة فيها. وأما إذا قرأ خارج الصلاة أو سبَّح؛ يحنث؛ لأنه كلامٌ حقيقيٌّ. وقيل: لا يحنث؛ لأنه في عرفنا لا يسمَّى متكلماً، بل قارئاً ومسبِّحاً.

(أو لا يقرأ كتاب فلان، ففهمه) أي: فهم ما فيه بالنظر إليه، (أو لا يكلمه) أي: من حلف لا يكلم فلاناً (حتى يكلمه) أي: يكلم فلاناً الحالف، (فاستبقا) أي: تكلماً معاً متخاطبين؛ (لم يحنثه فيهما) أي: أبو يوسف الحالف في المسألتين. (وخالفه) أي: قال محمد: يحنث فيهما.

لأبي يوسف في المسألة الأولى: إن القراءة فعل اللسان، والفهم ليس كذلك، ولهذا لا يتأذى فرض القراءة بالنظر إلى المصحف وفهم ما فيه.

ولمحمد: إن المتعارف من قراءة الكتاب فهم ما فيه وإن لم يحدث اللفظ، والأيمان مبنيٌّ على العرف، وإنما لم يتأذى فرض القراءة بالفهم؛ لأن الأمر تناول حقيقة القراءة.

ولأبي يوسف في المسألة الثانية: إن معنى كلامه: لا أسبق فلاناً بالكلام، ولم يسبقه فيه، فلا يحنث. ولمحمد: إن معنى كلامه: أن لا يكلم فلاناً إلى أن يكلمه، فلما كلف فلاناً قبل أن يكلمه؛ وجد كلامه قبل الغاية، فيحنث. (أو لا يكلم عبد فلان، أو امرأته، أو صديقه، أو لا يدخل داره، ففعل بعد البيع، أو الإبانة، أو العداوة) يعني: كلم عبده بعد بيعه، أو امرأته بعد طلاقه بائناً¹، أو صديقه² بعدما صار عدواً له؛ (لم يحنث) لأن داعي اليمين يحتمل أن يكون غيظاً لحقه من المضاف أو المضاف إليه، فيكون كلٌّ منهما مقصوداً من وجه، فوجب اعتبارهما، فلا يحنث بالشك. (وحنثه) محمدٌ (في إضافة النسبة) وهي إضافة المرأة أو الصديق إلى فلانٍ (في رواية) وهي رواية «الزيادات»، والمذكور أولاً رواية «الجامع الصغير».

وجه قوله: إن هذه الإضافة للتعريف؛ لأن المرأة والصديق قد يُهجران لذاتهما مقصوداً، لا لأجل المضاف إليه³، وما كان للتعريف لا يُشترط دوامه للاستغناء بعد التعريف، فيتعلق الحكم بعين كلٍّ واحدةٍ منهما كما في الإشارة، بأن قال: لا أكلم صديق فلانٍ هذا، أو زوجة فلانٍ هذه.

(وإن زاد الإشارة) أي: قال: والله لا أكلم عبد فلانٍ هذا، أو امرأته هذه، أو لا أدخل دار فلانٍ هذه، فدخلها بعد البيع، وكلمهم بعد انفصال الإضافة؛ (حنث في المرأة والصديق) ولم يحنث في العبد والدار عند أبي حنيفة وأبي يوسف. (وحنثه) محمدٌ (في العبد والدار أيضاً) كحنثه في المرأة والصديق؛ لأن الإضافة للتعريف، والإشارة أبلغ في التعريف منها؛ لكونها كوضع اليد عليه، فلغت الإضافة وتعلقت اليمين بالعين، وصار كالصديق والمرأة.

ولهما: إن اليمين عقدت على عين مضافٍ إلى فلانٍ إضافةً ملك، فلا يبقى اليمين بعد زوال الملك، كما إذا لم يُشتر، وهذا؛ لأن هذه الأعيان لا يُقصد هجرانها لذواتها، بل لغيبٍ لحقه من ملاكها، ولو احتمل أن يقصد⁴ لم يقترن به العرف، والإضافة إنما يلغو إذا لم يُقصد فائدةً أخرى غير التعريف، وهنا أفادت، وهي بيان هجران صاحبها لغيبٍ لحقه منه؛ لأن الدار لم تُهجَر لذاتها، وكذا العبد؛ لأنه لخسنه ألحق بالجمادات، فيعتبر المضاف والمضاف إليه كلاهما، بخلاف ما إذا كان الإضافة إضافةً نسبيةً، كالصديق والمرأة؛ لأنهما قد يُهجران لذاتهما، فإراد من الإضافة التعريف، فلما اتحد المقصود؛ رجحنا جانب الإشارة لكونها أبلغ.

(أو صاحب هذا الطيلسان) أي: لو قال: لا أكلم صاحبه، (أو هذا الشاب) أي: قال: لا أكلم هذا الشاب، (وكلمه بعدما باعه) أي: الطيلسان، (أو شاخ) أي: صار الشاب شيخاً؛ (حنث) لأن الطيلسان في المسألة الأولى لا يهجَر لذاته، فيكون الإضافة فيه للتعريف، والحكم في المسألة الثانية تعلق بالمشار إليه، فيلغو الصفة.

1 ح - بائناً.

2 د: وصديقه.

3 د: وإليه.

4 د: يقصده.

(أو حينًا) يعني: من حلف أن لا يكلم فلانًا حينًا، (أو زمانًا، أو عَرَفَهُمَا) أي: قال: الحين، أو الزمان، ولا نية له؛ (وقع على ستة أشهر) لأن الحين يُطلق على الزمان القليل، كما قال تعالى: ﴿فَسُبْحَانَ اللَّهِ حِينَ تُمْسُونَ وَحِينَ تُصْبِحُونَ﴾ [الروم، 17/30]، ويطلق على أربعين سنة، كما قال تعالى: ﴿هَلْ أَتَى عَلَى الْإِنْسَانِ حِينٌ مِّنَ الدَّهْرِ﴾ [الإنسان، 1/76]، قال أهل التفسير: المراد به: أربعون سنة، ويُطلق على ستة أشهر، قال الله تعالى: ﴿تُؤْتِي أَكْلَهَا كُلَّ حِينٍ﴾ [إبراهيم، 25/14]، قال ابن عباس: هي ستة أشهر، وهذا هو الوسط، فيصرف¹ إليه اليمين؛ لأننا نعلم أنه لم يرد به الساعَة؛ لأن الغضبان لا يعزم على ترك الكلام ساعة، ولا يحلف على ذلك، والمديد لا يقصد غالبًا؛ لأنه بمنزلة الأبد، وكذا الزمان يستعمل استعمال الحين.

(أو دهرًا) أي: حلف لا يكلمه دهرًا؛ (فهو موقوف) عند أبي حنيفة حتى قال حين سئل عنه: لا أدري ما مقداره، والتوقف عند عدم المريح من الكمال، سئل ابن عمر عن شيء، فقال: لا أدري، ثم قال بعد ذلك: طوبى لابن عمر، سئل عن شيء لا يدري، فقال: لا أدري.

وفي «جامع المحبوبي»: توقّف أبو حنيفة في أربع مسائل: إحداها هذه، والثانية: الخنثى المشكل، والثالثة: وقت الختان، والرابعة: محل أطفال المشركين في الآخرة. قلت: هذا تنبيه لكل مفتي أن يستتف من التوقف فيما لا وقوف له عليه؛ إذ المجازفة افتراء على الله بتحريم الحلال أو ضده. (وجعله كالحين) قيل: الخلاف في المنكر، وأما المعرف؛ فمصرف إلى العمر اتفاقًا. وقيل: الخلاف فيهما جميعًا. والأول هو الأصح².

لهما: إن دهرًا يستعمل استعمال حين، يقال: ما رأيتك مذ دهرٍ ومذ حين، فيكون بمعناه. وله: إن دهرًا لم يُقل عن أحد من أرباب اللغة تقديره، فوجب التوقف فيه، ودهر ليس كحين في الاستعمال؛ لأن المعرف حين كمنكره، والمعرف من الدهر يقع على الأبد، واللغات لا تدرك بالقياس.

(أو أيامًا، أو شهرًا، أو سنين؛ وقع على ثلاثة) من كل صنفٍ لتيقنهما. (وإن عرفها) أي: قال: لا أكلم الأيام، أو الشهر، أو السنين، ولا نية له؛ (فهي عشرة) أي: عشرة أيامٍ وعشرة أشهرٍ وعشرة سنين عند أبي حنيفة. (وقالا: أسبوع) أي: سبعة أيام في الأيام، (وستة) في الشهر، (والعمر) في السنين؛ لأن اللام في التعريف للعهد في الأصل، فإذا وجد معهود كان أحق، والأسبوع معهود في عدد الأيام، والسنة في عدد الشهر، وليس في عدد السنين معهود، فيصرف إلى عمر الحالف. له: إن اللام للعهد، إلا أن العشرة معهودة في الجمع المعرف؛ لأنها أقصى ما يُذكر بلفظ الجمع، فإنه يقال: ثلاثة أيام إلى عشرة، ثم يقال: أحد عشر يومًا، أو شهرًا، أو سنة، فكان تعريفًا لهذا المعهود.

فإن قلت: الأيام إنما ينتهي إلى عشرة إذا قرئت بالعدد لا مطلقًا، قال الله تعالى: ﴿وَتِلْكَ الْأَيَّامُ نُدَاوِلُهَا﴾ [آل عمران، 140/3] لا يراؤ بها العشرة، والأيام هنا ذكرت مطلقًا عن العدد.

قلنا: اسم الجمع للعشرة وما دونها إلى الثلاثة حقيقة في حالتي الإطلاق والتعيين، ويقع على ما وراء العشرة في حالة الإبهام دون التعيين، فكان الصرف إلى ما جمع في الحاليتين أولى، وأما في الآية؛ فلم يقتصر على العشرة؛ لأن «تلك» إشارة إلى أيام الدنيا. (ومن حلف على نفي فعل؛ تركه أبدًا) يعني: يجب عليه أن لا يفعله مدة عمره، حتى لو فعله لا تنحل يمينه. (أو على فعله) أي: على أن يفعله؛ فعلى (فعله مرة) يعني: بر عن يمينه بفعله مرة؛ لأنه في موضع الإثبات لا يقتضي العموم، وإنما يحث بوقوع اليأس عن الفعل بهلاك الفاعل أو محل الفعل.

وفي «المحيط»: الحلف في الإثبات لا بُد أن يكون مقرونًا بكلمة التأكيد، وهو اللام والنون، حتى لو قال: والله أفعل كذا، فلم يفعله؛ لا يلزمه الكفارة. هذا هو المستعمل في كلام العرب.

(ومن استحلّفه الوالي: ليعلمته بكل داعر) وهو الفاسق؛ (اختص) إعلامه (بحال ولايته) لأن مقصود الوالي دفع شره بواسطة زجره، فإذا زال عنه ولايته؛ يفوت عن تأديبه قدرته، وإذا لم يُعلم حتى مات المستحلّف أو عزل؛ يحث، ولا ينفعه إعلام الوالي الذي بعده؛ لأن يمينه انعقدت على إعلام الأول.

¹ د: فتصرف.

² د: الصحيح.

³ ح: سبع.

(ولو قال لامرأته: ما أكتسيه) أي: الذي ألبسه (من غزلك؛ فهو هدي) أي: صدقة لمن يكون بمكة، (فاشترى قطناً، فغزله، فاكنتسى منه؛ فهو حانت) عند أبي حنيفة، يعني: يلزمه أن يهديه. (وشرطاً ملكه يوم النذر) يعني: قال: ليس عليه أن يهدي حتى تغزله من قطنٍ ملكه يوم حلف؛ لأنَّ النذر لا يصحُّ إلا في ملكٍ أو مضافٍ إلى سببٍ ملكٍ، وغزُل المرأة ليس من أسباب الملك؛ لأنَّها قد تغزُل من قطنها.

وله: إنَّ المرأة تغزُل من قطن زوجها عادةً، فيكون غزُلها سبباً لملكه، والقطنُ لم يذكر حتى يضاف إليه النذر، حتى لو ذكره وقال: إن لبستُ من غزلك من قطني فهو هديٌّ؛ يكون هدياً اتِّفاقاً، ولو قال: من قطنك؛ لا يكون هدياً اتِّفاقاً، فلما أطلق الغزل، ولم يقيدَه؛ صرفناه إلى المعتاد.

(وشرطُ الحنث بالتحلِّي: لبسُ اللآلئِ مرصعةً) يعني: إذا حلفتُ أن لا تلبس¹ حلياً، ولبستُ عقدَ لؤلؤٍ وحده، ولم يكن مرصعاً بالذهب؛ لا تحنثُ عند أبي حنيفة. (وقالاً: وحدها) يعني: تحنثُ بمجرد لبس اللآلئ؛ لقوله تعالى: ﴿وَتَسْتَخْرِجُونَ مِنْ حَلِيَّةٍ تُبْسُونَهَا﴾ [فاطر، 12/35]، والمستخرج غير المرصع.

وله: إنَّ اللؤلؤَ لو كان حلياً؛ لَمَا جاز للرجل أن يتخذ فصاً منه، وإطلاق الحلية على اللؤلؤ في الآية مجازٌ. وكذا الخلاف في الرجيد.

(وقيل: الخلافُ عرفيٌّ) يعني: في عرف زمانه لا يتحلَّى بالآلئِ إلا مرصعةً، وفي عرف زمانهما يتحلَّى بها² وحدها. (ويفتي بقولهما) لأن التحلِّي بالآلئِ وحدها معتادٌ في زماننا.

(فصلٌ) في البيع والشري³ والتزويج وتقاضي الدرهم

(ومن حلف لا يبيع، أو لا يشتري، أو لا يؤاجر، فوكل به) أي: الحالف بأحد هذه الأفعال؛ (لم يحنث)؛ لأنه غيرُ عاقدٍ حقيقةً ولا حكماً؛ لرجوع حقوق العقود إليه، لا إلى الموكل، حتى لو كان الحالف هو العاقد بالوكالة يحنث. ولو نوى في حلفه أن لا يأمر غيره به؛ يحنث بالتوكيل، أو كان الحالف من لا يباشِر بنفسه هذه العقود لكونه ذا سلطانٍ؛ يحنث بالتوكيل؛ لأن يمينه باعتبار عاداته ينصرف إلى التوكيل. وإن كان الحالف يباشِر تارةً ويفوضُ أخرى؛ يعتبر الغالب.

(أو لا يتزوج، أو لا يطلق، أو لا يعق، فوكل به) أي: بأحد هذه المذكورات؛ (حنث) لأنَّ الوكيل فيه⁴ سفيرٌ، ولهذا لا يضيفُ العقد إلى نفسه، وإنما يضيفه إلى موكله، وحقوقُ العقد راجعةٌ إلى الأمر لا إليه، وكذا الصلح عن دم العمد والهبة والصدقة والقرض والاستقراض والإيداع والاستيداع والإعارة والاستعارة وقضاء الدين وقبضه.

ولو حلف: لا يضرب عبده، فأمر به غيره، فضرب؛ يحنث. ولو حلف: لا يضرب ولده، فأمر به غيره؛ لا يحنث، والفرق: أنَّ فائدة ضرب العبد راجعةٌ إلى المولى، فصار كضربه بنفسه، ومنفعة ضرب الولد عائدةٌ إلى الولد، وهو كونه مؤدباً، لا إلى الأب، فلا يكون كفعله.

ولو حلف: لا يضرب رجلاً حُرّاً، فأمر به غيره، فضربه؛ لا يحنث؛ لأنه لا يملك ضرب الحُرِّ بنفسه، فلا يملك الأمر، إلا أن يكون الأمر⁵ ذا سلطانٍ أو قاضياً، فحينئذٍ يحنث؛ لأنَّهما يملكان ضرب الأحرار حُرّاً وتعزيراً، فيملكان الأمر به.

(أو لا يتزوجها) أي: لو حلف لا يتزوج امرأةً بالكوفة، (أو لا يشتريه) أي: حلف لا يشتري شيئاً (بالكوفة، فقيل بها إيجاب فضولي) يعني: زوجها فضوليٌّ منه بالكوفة، فقيل إيجابه، (وأجيز بالبصرة) يعني: أجازت النكاح وهي بالبصرة، أو باع منه فضوليٌّ بالكوفة، فقيل فيها، ثمَّ أجيز البيع بالبصرة؛ (لم يحنثه) أبو يوسف؛ لأنَّ العقد إنما تمَّ بالإجازة، وهي حصلت بالبصرة، فلم يوجد التزوج أو الشراء بالكوفة، فلا يحنث. (وخالفه) أي: قال محمدٌ: يحنث؛ لأنَّ العقد وجدَّ بالكوفة وإن كان غير نافذٍ، ولهذا يشترط⁶ الشهود

¹ د: حلف أن لا يلبس.

² د - بها.

³ د: والشراء.

⁴ د: به.

⁵ ح - الأمر.

⁶ د: شرط.

في وقته، لا في وقت الإجازة، ومتى ثبت الإجازة؛ صارت مستندةً إلى وقت العقد، وكان تزويجاً بالكوفة، فيحنتُ. (وهو ظاهر المذهب) كذا ذكره في «الجامع الصغير».

(أو لا يهب عبده لفلانٍ، فوهبه، ولم يقبله) فلانٌ إيجاب هبته، (أو قَبِل ولم يقبضه؛ حَكَمْنَا بِحَنْتِهِ) وقال زفر: لا يحنتُ؛ لأن تمام الهبة بالقبول والقبض، فلا يحنتُ بدونها كالبيع.

ولنا: إنَّ الهبة تبرُّعٌ، فيتمُّ بالمتبرِّع وحده كالإقرار والوصية، بخلاف البيع؛ لأنَّه معاوضةٌ، فلا يتمُّ إلا بالقبول.

وهي أُنَّ حضرةً الموهوب له شرطٌ للحنث، حتى لو وهب الحالف منه وهو غائبٌ؛ لا يحنتُ اتِّفاقاً.

وإنَّما وضع في الهبة؛ إذ في المعاوضات بدون القبول لا يحنتُ اتِّفاقاً. من «الحقائِق».

(أو ليقضينَ دينه إلى قريبٍ؛ انصرف إلى ما دون الشَّهر) لأنه يعدُّ قريباً عرفاً. (أو إلى بعيدٍ) يعني: لو حلف: ليقضينَ دينه

إلى بعيدٍ؛ (فإلى أكثر منه) أي: فانصرف اليمين إلى أكثر مما دون الشهر، ولذلك يقال عند بعد العهد: ما لقيتكَ منذ شهرٍ.

(أو ليقضينَ دينه اليوم، فقضاه، ثمَّ وجد المستحقُّ) أي: ربَّ الدين (بعضها زبواً) وهو ما يرده بيت المال، (أو نبهرجةً)

وهو ما يرده التجارُ، (أو مستحقةً) بفتح الحاء؛ (لم يحنتُ) لأن هذه الأوصاف لا يسلبُ اسمُ الدراهم عنها، ولهذا لو تجوز بالزبوف

والنبهجة في رأس مال السلم وبدل الصرف يجوز، ولو لم يكن دراهم لكان استبدالاً، وهو غير جائزٍ، غايته: أن يكون معيوبةً، والعيب لا

يعدُّ الجنس، وقبضُ ربِّ الدين الدراهم¹ المستحقة قبضٌ صحيحٌ، فوقع البرُّ به، ثمَّ بعد ذلك إن انتقض القبض بالردِّ لا ينتقض البرُّ

المتحقِّق؛ لأن اليمين قد انحلت به.

(أو رصاصاً) أي: أو وجد المستحقُّ بعضها رصاصاً، (أو ستوفةً) وهي ما يكون داخلها نحاساً وخارجها فضةً، وهو معرب:

سه تق. (حنث) لأنَّهما ليسا من جنس حقه، ولهذا لا يجوز التَّجوزُ بهما في الصرف والسلم.

(أو لا يقبض دينه درهماً دون درهم) يعني: لا يقبضُ دينه متفرقاً، (فقبض بعضه) دون باقيه، فغابت الشمس؛ (لم يحنتُ

حتى يقبض جميعه²) لأنه أضاف القبض إلى دينٍ معروفٍ، فينصرفُ إلى قبض كلِّه بصفة التَّفريق، فلا يحنتُ بقبض بعضه³.

(وإن قبضه في وزن، ولم يفصلهما بغير عمل⁴ الوزن) يعني في المسألة السابقة: لو قبض دينه في وزن، ولم يتشاعَلَ بينهما

إلا بعمل الوزن؛ (لم يحنتُ) لأنَّ ذلك ليس بتفريقٍ؛ لتعدُّ قبض الكلِّ دفعةً عادةً، فيصير هذا القدرُ مستثنىً عنه.

(كتاب أدب القاضي)

(لا يصحُّ ولايةُ القاضي حتى يكون أهلاً للشَّهادة) لأنَّ القضاء والشَّهادة كليهما من باب الولاية، وهي تنفيذُ القول على الغير

شاء الغير أو أبي.

(ويُفضلُ توليةُ العدل المجتهد) يعني: جعله والياً حاكماً، والمجتهدُ: من يحوي علمَ الكتاب ووجوه معانيه وعلمُ الشُّنَّة بطُرُقها

ومتونها ووجوه معانيها، ويكون مصيباً في القياس، عالماً بعُرف الناس. كذا في «الكفاية».

(ونجيزُ توليةَ الجاهل) وقال الشافعيُّ: لا يجوزُ؛ لأنه مأمورٌ بالقضاء بالحقِّ، وهو لا يتيسَّرُ إلا بالعلم، ولا يمكنُ جعلُه عالماً

بعلم غيره.

ولنا: إنَّ الغرضَ من توليةِ القضاء دفعُ شرِّ المظلوم، وإبصالُ الحقِّ إلى أهله، وهذا يحصلُ بالحكم بفتوى العلماء.

(وينبغي أن لا يولَّى هو) أي: لا يصير الجاهل والياً. (ولا الفاسق. وقيل: لا يصحُّ قضاؤه) أي: قضاء الفاسق. (وينعزلُ

بالفسق) يعني: إذا قُلِّد القضاء وهو عدلٌ، ففسق بأخذ الرِّشوة؛ انعزل، وعليه الفتوى؛ لأن من قُلِّده اعتمد عدلته، فولَّاه بتلك الصِّفة،

فإذا فسق لم يكن راضياً بتقليده، فلم يبق قاضياً. (وقيل: إن وُلِّي فاسقاً) أي: إن جُعِل والياً حال كونه فاسقاً (صحَّ) قضاؤه؛ لأنه قُلِّده

بفسقه، وصار راضياً به، فلا ينعزلُ ما لم يعزل. (وإن طرأ) أي: عرض عليه الفسق (انعزل. وقيل: يستحقُّه بطرؤه) أي: عروض الفسق

(في ظاهر المذهب) لكن يجبُ على من قُلِّده أن يعزله، وعليه مشايخنا.

(ولا يستفتى الفاسق) أي: لا يُطلبُ منه الإفتاء؛ لأن الفتوى من أمور الدين، والفاسق لا يُقبلُ قوله في الدِّيانات.

¹ د: الدرهم.

² د - حتى يقبض جميعه.

³ د + حتى يقبض جميعه.

⁴ ح - عمل.

(وينبغي أن لا يسأل القضاء) لقوله صلى الله عليه وسلم: «من سأل القضاء وُكِلَ إلى نفسه، ومن لم يسأله ينزل عليه ملكٌ يسدُّه»¹.

(فیرخصّ الدخول فيه) أي: في القضاء (لمن يتقأ بأداء فرضه) أي: فرض القضاء؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «عدل ساعة أفضل من عبادة سنة»²، وفي رواية: «من عبادة سنتين»، إلا أن تركه عزيمة؛ لأن القضاء أمرٌ مخوفٌ لا يسلم في بحره كلٌ سامح، ولا ينجو منه كلٌ طامح، إلا من عصمه الله، ولهذا دُعِيَ أبو حنيفة إلى القضاء ثلاث مرات، فأبى، حتى ضُرب في كلِّ مرّة ثلاثين سوطاً، وفي المرة الثالثة قال: أستشير أصحابي، فاستشار³ أبا يوسف، فقال أبو يوسف: لو تقلدت لنفعت الناس، فنظر إليه أبو حنيفة نظر الغضب، وقال: رأيت لو أمرت أن أعبر البحر سباحةً لكنت أقدُر عليه، وكأني بك قاضيًا. وكذا دُعِيَ محمدٌ إلى القضاء، فأبى حتى قُيِّدَ وخُيسَ واضطرًا، فتقلد. كذا في «الكفاية».

(ويكره) دخوله (لمن يخاف العجز عنه) أي: عن القضاء، (والحيث فيه) باختياره؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «من جعل قاضيًا؛ فكأنما دُبح بغير سكين»⁴، وجهُ الشبه: أن السكين يؤثّر في الظاهر والباطن جميعًا، والذبح بغير سكينٍ - وهو الخنق - يؤثّر في الباطن دون الظاهر، فكذا القضاء لا يؤثّر في الظاهر؛ لأنه جاء، وفي باطنه هلاكٌ وتباؤ.

(ويغرض) الدخول في القضاء (على المتعين له) أي: للقضاء إن اجتمع فيه شرائطه؛ لأنه لو تأخّر مع تعيُّنه؛ تقدّم من لا يصلح له، وفيه فسادٌ عظيمٌ، ودفعه فرضٌ صيانةٌ لحقوق العباد.

(ويجوز التقليد من الجائر) أي: الأمير الظالم؛ لأن الصحابة تقلدوا القضاء من معاوية، والإمام الحق كان عليًا. هذا إذا كان يمكنه أن يقضي بالحق، وأما إذا كان الأمير الظالم منعه عن إقامة الحق؛ لا يجوز التقلد منه⁵؛ لفوات المقصود من القضاء.

(ويجوز قضاء المرأة) كما جاز شهادتها، (إلا في الحدود والقصاص) فإن قضاءها فيها لا يقبل، كما لم تُقبل شهادتها فيها. (وإذا وُلِّيَ) أي: جعل وليًا (سُلم إليه ديوان من تقدّمه) في القضاء، وهو الخرائط التي فيها نسخ السجلات والصكوك، وأنصباء الأوصياء في أموال اليتامى، والمقيمين في أموال الأوقاف، وتقدير النفقات، فيبعث أمينان، فيسألان عن المعزول شيئًا فشيئًا، فيجعلان كلَّ نوعٍ في خريطة.

(وينظر) القاضي (الثاني في حال أهل السجن، فمن اعترف بحق الزمته) ما اعترف به؛ لكون الإقرار حجة ملزمة، (ومن أنكر؛ لم يقبل قول المعزول عليه) أي: القاضي المعزول على ما أنكر، بأن قال: ثبت عندي الحق عليه؛ لأن القاضي بالعزل التحق بسائر الرعية، وشهادة الواحد ليست بحجة، (إلا ببيّنة) يعني: يأتي المدعي ببيّنة على منكر حقه.

(ويستظهر قبل تخليته) أي: إذا لم يتم بينة يتفحص عن حاله، ويرسل منادياً إلى المجلس يقول: من يطلب فلان بن فلان المحبوس بحق فليحضر، ولا يبادر إلى تخلية سبيله؛ لأن فعل القاضي الأول حقٌّ ظاهرًا، وفي تخليته إبطالٌ حقه⁶، فإن لم يحضر خصم؛ أخذ منه كفيلاً بنفسه، وأطلقه.

(ويفعل في الودائع والوقوف) جمع الوقف (بما يقوم به الحجّة) أطلقها ليشتمل البيّنة والاعتراف، فإن اعترف الذي في يده الوديعة أن المعزول سلّمها إليه؛ قيل قوله فيها؛ لأنه ثبت بإقراره أن اليد كانت للمعزول، ويده مستفادَةٌ من جهته، فيقبل قول المعزول في مستحقها إذا قال: هذه الوديعة لفلان⁷ كانت الوديعة في يده، وإن اعترف أنها لفلان، ثم أقرّ بتسليم المعزول إليه، فقال المعزول: هي لفلان آخر؛ يسلم الوديعة إلى المقرّ له الأول لسبق⁸ يده على يد القاضي، فيضمن المعزول قيمة ذلك العين أو مثله إلى المقرّ له الثاني. (ويجلس في المسجد الجامع) ليكون موضع حكمه ظاهرًا لأهل بلده.

¹ سنن ابن ماجه، الأحكام 1؛ مسند أحمد بن حنبل، 118/3؛ وفيه لفظ: «ومن أجبر عليه» مكان «ومن لم يسأله».

²

³ ح: فاستشار.

⁴ سنن أبي داود، الأفضية 1؛ سنن ابن ماجه، الأحكام 1.

⁵ ح: التقليد عنه.

⁶ د + به.

⁷ د + كما.

⁸ د: بسبق.

(ولا يقبل) القاضي (هديةً إلا من قريب) ذي رَجْمٍ محرّمٍ منه، الهدية: ما يأخذه القاضي بلا شرط إعانته، والرشوة: ما يأخذه بشرط إعانته. (لا حكومة له) أي: لا خصومة لذلك القريب مع أحدٍ.

قَيِّد به؛ لأنه لو كان له خصومة لا يقبل منه¹ هديته ما دامت له خصومة، فإن قَبَلها منه بعد انقطاع خصومته جاز. (أو معتادة) أي: يقبل القاضي من المعتاد على الإهداء قبل القضاء (لا يزيد على عادة²) لأنه لو زاد يكون زيادته لكونه قاضيًا، فلا يقبل.

(ولا يحضر دعوة خاصة) وهي التي إذا علم المضيف عدم إجابة القاضي يتزكها. قَيِّد بالخاصة؛ لأنها لو كانت عامة؛ يحضرها لانتفاء التهمة منه. وفي «الكفاية»: لو كان المضيف خصمًا لا يجب دعوته وإن كانت عامة. (واستثنى قريبه) أي: أجاز محمد حضور القاضي دعوة خاصةً لقريبه قياسًا على جواز أخذ هديته. وقال: لا يحضر لمكان التهمة.

(ويشهد الجنازة، ويعود المريض) إذا لم يكن من المتخاصمين؛ لأن ذلك من حقوق المسلمين. (ولا يضيف أحد الخصمين) لأن في ضيافته تهمة، وفيه إشارة إلى أنه لو أضافهما جميعاً؛ فلا بأس به. (ولا يشير إليه، ولا يسأره) أي: لا يتكلّم أحدهما سرًا، (ولا يلقنه حجة) لأن في كلٍّ منها ميلاً إلى أحدهما وخيفًا بالآخر، فإن المُدْعِي إذا رأى ميل القاضي رَمًا ترك دعواه، فيضيع حقه. (ويسوي بينهما في المجلس) والنظر والإشارة.

(وإذا ثبت الحق بالبيّنة، فطلب ذو الحق حبس غريمه؛ حبسه) القاضي لظهور مَطْلَبه بإنكاره عند القاضي، (أو بالإقرار) أي: إذا ثبت الحق المُدْعَى بإقرار المُدْعَى عليه وطلب حبسه (تثبت) أي: توقّف القاضي في حبسه، ولم يعجل به؛ لأن مَطْلَبه لم يثبت بأوّل الحال، والحبس جزاء المطل. (وأمره) أي: القاضي المديون (بالأداء، فإن امتنع) عن الأداء (حبسه في كلِّ دين هو³ بدل مال) كالثمن وبدل القرض؛ لأن غناه ثابتٌ بحصول المال في يده، (أو ملتزم بعقد، كالمهر والكفالة) أراد به: المهر المعجل دون المؤجل، كذا في «الهداية»؛ لأن التزامه المالٌ باختياره دليلٌ على يساره ظاهرًا؛ إذ العاقل لا يلتزم بما لا يقدر على أدائه، فيحبس.

(لا فيما سوى ذلك) يعني: لا يحبس القاضي فيما سوى الدين المذكور، كضمان المتلفات وأرش الجنایات، ونفقة الأقارب والزوجات. (إذا ادعى) الغريم (الفقر حتى يقيم المُدْعِي البيّنة بيساره) أي: بيسار⁴ الغريم، وإن لم يُقْمِها؛ فالقول للمديون.

(وقيل: القول لمن عليه) الدين (مطلقًا) أي: سواء كان بدل مالٍ أو لا؛ لأن الفقر أصليٌّ، والغنى عارضٌ، فاحتيج إلى إثباته، كما إذا اعتق أحد الشريكين العبد المشترك، وادّعى أنه معسرٌ؛ فالقول للمعتق، وكذا القول للزوج بأنه معسرٌ إذا ادّعت زوجته بأنه موسرٌ. ويحجب عنه على ظاهر الرواية: بأنّ ضمان الإعتاق ليس بدينٍ مطلقٍ، فإنّ المريض إذا اعتق في مرضه العبد المشترك لا يجب عليه الضمان عند أبي حنيفة، وكذا التّفقّه، فإنّها ليست⁵ بدينٍ مطلقٍ، بل هي صلةٌ، ولهذا تسقط بالموت، ولو كان دينًا مطلقًا لم يسقط إلا بالإبراء أو الأداء.

(ويحبسه) أي: القاضي المديون فيما إذا كان القول للمُدْعِي أنّ له مالًا، أو ثبت ذلك بالبيّنة لظهور ظلّمه في الحال (مدّة يراها القاضي) مصلحةً ليطهر ماله إن كان يخفيه (في الصحيح) احتراز به عن تقدير تلك المدّة بشهر، أو شهرين، أو ثلاثة، أو أربعة إلى ستة أشهر. إنّما صار المذكور في المتن صحيحًا؛ لأنّ بعض الناس يكون حريصًا بحيث يرى حبسه في زمانٍ طويلٍ أهونَ عليه من إخراج مالٍ قليلٍ.

(فإن لم يظهر له) أي: للغريم (مالٌ؛ أطلقه، ولا يحول بينه) أي: بين المُدْعِي (وبين غريمه) وهو المديون.

1 ح - منه.

2 د: عادته.

3 د: وهو.

4 د: يسار.

5 د: ليس.

(ويحبس) الزوج (في نفقة المرأة) بأنه بامتناعه عن الإنفاق كان ظالمًا، فيحبس. (لا والد) أي: لا يحبس والد (في دين ولده) لأن الحبس عقوبة لا يستحقها الوالد إكرامًا له، (إلا إذا امتنع أن ينفق عليه) أي: على ولده، فإنه يُحبس فيه إحياءً للولد¹.

(ولا يستخلف) أي: لا يجعل القاضي غيره خليفةً على القضاء (إلا بتفويض) أي: إلا أن يفوض إليه ذلك من تقلد القضاء عنه، كما أن الوكيل ليس له أن يوكل غيره إلا بإذن الموكل، بخلاف الأمور بإقامة الجمعة حيث يجوز له أن يستخلف غيره بلا تفويض؛ لأن الجمعة على شرف القوات، فالأمر بإقامتها إذن بالاستخلاف فيها دلالة، فإذا استخلف القاضي غيره بتفويض ذلك إليه؛ ليس له أن يعزله؛ لأنه يكون نائبًا عن الخليفة، إلا أن² يقول له الخليفة: استبدل من شئت، فحينئذ يملك عزله.

(وإذا رفع إليه) أي: إلى القاضي (حكم حاكم أمضاه) لأن اجتهاد الأول تأكد بالقضاء، فترجح³ على اجتهاد القاضي الثاني، (إلا أن يخالف الكتاب أو السنة) المراد بها: السنة المشهورة، (أو الإجماع، أو يعرى عن دليل).

(فإن قضى) في مسألة وهو يعلم أنها يجتهد فيها (مخالفاً لمذهبه ناسياً؛ فهو نافذ) عند أبي حنيفة. (وفي العمدة روايتان) وجه النفاذ: إن حكمه ليس بخطأً بيقين، ووجه عدم النفاذ: إنه زعم فساد قضائه، فيعامل في حكمه بزعمه. (وقال: لا ينفذ مطلقاً) أي: عامداً كان أو ناسياً؛ لأنه قضى بما هو خطأ عنده. (ويفتى به) أي: بقولهما، وفي «الصغرى»: الفتوى على قوله.

وفي «المحيط»: إذا لم يعلم بكونها مجتهداً فيها ينفذ قضاؤه عند بعض المشايخ، ولا ينفذ عند عاقتهم، وإذا علم به ينفذ. هذا هو ظاهر المذهب.

(ولا نحكم على غائب) عن البلد، أو عن مجلس الحكم حاضراً في البلد، وهو الصحيح. من «الحقائق»⁴. وقال الشافعي: يحكم القاضي؛ لأن الحق ظهر عنده بالبينة.

ولنا: إن البينة لقطع المنازعة، وهي إنما يثبت بالإنكار، والغائب يحتمل أن لا ينكر، فلا يعمل بالبينة، وكذا لو أنكر ثم غاب؛ لأن الإنكار وقت القضاء شرط.

(إلا بنائب) يعني: يجوز الحكم عليه إذا حضر نائبه، أعم من أن يكون الغائب أنابه منابه أو الشرع، كالوصي من جهة القاضي. (وهو) أي: القضاء (بشهادة الزور نافذ) عند أبي حنيفة (مطلقاً) أي: ظاهرًا فيما بيننا، وباطنًا في ثبوت الحل فيما بينه وبين الله، (في العقود) كالنكاح والطلاق والبيع والشراء والنسب، وفي الهبة⁵ والصدقة روايتان.

ومن صورها: ادّعت على رجل أنه تزوجها، فأقامت عليه شاهدي زور؛ حلّ له وطئها عند أبي حنيفة خلافاً لهما. وكذا إذا ادّعى عليها نكاحاً وهي تجحد، أو ادّعى على آخر أنك بعثت مني هذه الجارية، أو اشتريتها مني، والآخر ينكر، فقضى القاضي بشاهدي زور؛ حلّ للمشتري وطئها عنده خلافاً لهما.

(والفسوخ) كإقالة والطلاق والردّ بالعيب، كما إذا ادّعى أحد المتعاقدين فسخ العقد في الجارية، أو ردّها بالعيب، وأقام البينة الزور، فقضى القاضي بالفسوخ؛ حلّ للبائع وطئها.

(وقال: ظاهرًا) يعني: قال: ينفذ ظاهرًا لا باطنًا، فلا يحلّ له وطئها.

قيد بالعقود والفسوخ؛ لأنه لو ادّعى ملك جارية مطلقاً، ولم يعين سبب الملك؛ لا ينفذ باطنًا اتفاقاً؛ لتعدّر إثباته بدون النسب. وفي الهبة والصدقة عن أبي حنيفة روايتان. قال الفقيه أبو الليث: يفتى بقولهما. من «جامع المحبوبي».

لهما: إن القضاء إظهار ما كان ثابتًا، لا إثبات أمر لم يكن، والعقد لم يكن ثابتًا، فلا يثبت بالقضاء، فلا ينفذ باطنًا، كما لو ظهر الشهود عبيدًا أو كفارًا.

وله: إن القضاء واجب على القاضي إذا أقيمت عنده البينة، حتى لو لم ير الوجوب على نفسه يكفر، ولو أخره يفسق، ولمّا كان القضاء إظهار ما هو ثابت؛ يجب إثبات العقد اقتضاءً، كما أثبت البيع في قوله: أعيتق عبدك عني بالف؛ لئلا يكون تكليف ما ليس في وسعه، والرق والكفر يمكن الوقوف عليهما في الجملة، فلا ينفذ باطنًا.

¹ د: لولده.

² د: بأن.

³ ح: يترجح.

⁴ د - عن البلد أو عن مجلس الحكم...

⁵ د: العنة.

(القاضي والشاهد والرّواي لا يعملون بالخطّ) في صحيفة عند أبي حنيفة، كما إذا وجد القاضي بخطّه قضاءه، أو الشاهد شهادته، أو الراوي روايته، (مع نسيان الحادثة) أي: مع أنّ القاضي والشاهد والراوي لا يتذكرون الحادثة. (وأجازاه) أي: العمل بالخطّ (إذا علموا أنّه خطّهم) وفي «العيون»: يفتى بقولهما.

لهما: إنّ العمل بغالب الظنّ واجب، والخطُّ يفيدُ غالب الظنّ، فوجب العملُ به.

وله: إنّ الخطّ يشبه الخطّ، فلا يُعملُ به احتياطاً، وقد قال صلى الله عليه وسلم: «إذا رأيتَ مثل الشمس فاشهد، وإلا فدع»¹. (وهو) أي: القاضي عند أبي حنيفة (ممنوعٌ عن الحكم بما علّمه قبل الولاية) أي: قبل أن يتقلّد القضاء. وقالوا: له ذلك. قيّد بقوله: «قبل الولاية»²؛ لأن الحكم بما علّمه بعدها يجوز اتّفاقاً إذا كان في حقوق العباد، كالقصاص وحّد القذف، ولا يقضي في الحدود الخالصة حقاً لله تعالى كحد الزنا والسرقة.

هذا إذا علم في مصرٍ هو قاضيه، وإن علم في غير مصرٍ هو قاضيه؛ فعلى الخلاف أيضاً. من «الحقائق».

لهما: إنّ مستند الحكم هو العلم، وقد وُجد، فمعلومه واحدٌ قبل القضاء وبعده، فيجوز القضاءُ به.

وله: إنّ علمه قبل القضاء علم شهادة واحدٍ، فلا يكون موجباً لعلم القضاء، وأما علمه حال القضاء يكون باحتياطٍ ومبالغةٍ فيه ليقتضي إذا رُفِع إليه، وقبله ليس كذلك.

(وإذا تراضى اثنان بمحكّم بصفة القاضي) أي: برجلٍ يحكّم بينهما، ويكون أهلاً للحكم كالقاضي، (جاز) لأن لهما ولايةً على أنفسهما، فيصحّ تحكيمهما وحكمه عليهما.

احترز به عن أن يكون المحكّم كافراً، أو عبداً، أو صبيّاً، أو محدوداً في قذفٍ³، فإنّه لا يجوز؛ لأنّه ليس بصفة القاضي.

(في غير الحدود والقصاص) لأن حكم المحكّم بمنزلة الصُّلح، فلم يجز استيفاؤهما بالصُّلح، فلا يجوز التّحكيمُ فيهما؛ لأنه ليس لهما ولايةٌ على دمه، ولهذا لا يملكان إباحته.

وفي «الكفاية»: تخصيصُ الحدود والقصاص يدلُّ على جواز التّحكيم في سائر المجتهدات، نحو: الكنايات، فإنّها راجع وغيرها، وهو صحيحٌ، إلا أنّه لا يُفتى به دفعاً لتجاسر العوام.

(وإذا حكّم لم يجز رجوعهما، وبمضيه القاضي) أي: يُنفذ حكمه إن رُفِع إليه (إذا وافق مذهبه). ثمّ فائدة هذا الإمضاء: أن

لا يكون لقاضي آخر يرى خلافه نقضه إذا رُفِع إليه؛ لأنّ إمضاءه بمنزلة قضاؤه.

(وإن حكّم في دم خطأ بالدية على العاقلة لم ينفذ) لأنه غير محكّم من جهتهم، فلا ولاية له عليهم، ولو حكم على القاتل

بالدية في ماله؛ ردّه القاضي، ويقضي بالدية على العاقلة؛ لأنه حكم مخالف للنصّ، إلا إذا ثبت القتل بإقراره، فإنّ العاقلة لا يعقله.

(ويسمع) المحكّم (الحجّة) ويقضي بالنكول والإقرار) لأنه موافق للشّرع، وإذا قال لأحد الخصمين الذين حكّمهما: أقررت له

عندي بكذا، وحكمتُ به عليك، وأنكر المقضي عليه بإقراره؛ يقبل قوله، ولا يُلتفتُ إلى إنكاره؛ لقيام ولايته عليهما كالقاضي.

(ولا يحكم) المحكّم (لأصوله وفروعه وزوجته) لتمكن التّهمة (كالقاضي) أي: كما⁴ لا يحكم القاضي.

وفي قوله: لأصوله تنبيهٌ على أنّه لو قضى عليهم جاز لانتفاء التهمة.

(ويقبل بالبينة كتاب القاضي إلى مثله) أي: إلى قاضٍ آخر. يعني⁵: إنّما يقبل كتاب القاضي إذا أقام⁶ البينة عند المكتوب إليه

أنّه كتاب فلان القاضي؛ لأن الكتاب يشبه الكتاب، (في كلِّ حقٍّ لا يسقطُ بشبهة) احترز به عن الحدود والقصاص؛ لأنّهما يسقطان بشبهة، فلا يجوز إثباته بالكتاب الحكمي الذي هو نقل الشهادة في الحقيقة؛ لأن فيه شبهةً ببدلية، كما لم يجز بالشهادة على الشهادة.

(فيكتب بالحكم) كما إذا غاب المُدعى عليه بعد الحكم، فجدد، ولم يسلم إليه حقّه، فطلب المُدعى من القاضي أن يرسل

إلى قاضي بلده فيها خصمه كتاباً، وذكر فيه حكمه لينقّده، ويأمر بتسليم حقّه. كذا في «التبيين» و«الكفاية».

¹ لم نجد بهذا اللفظ إلا في المبسوط للسرخسي، 185/17. وقد روي بلفظ: «سئل النبي صلى الله عليه وسلم عن الشهادة فقال: هل ترى الشمس قال: نعم قال: على مثلها فاشهد أو دع»، انظر: شعب الإيمان للبيهقي، 455/7.

² د - الولاية.

³ د: القذف.

⁴ ح - كما.

⁵ د - يعني.

⁶ د: قام.

(أو بنقل الشهادة ليحكم المكتوب إليه).

(ويُقْبَلُ) كتاب القاضي (في العقار) لأنَّ التَّعْرِيفَ فِيهِ يَقَعُ بِالتَّحْدِيدِ، (وَالْمَنْقُولُ عَلَى الْمُخْتَارِ) قَيَّدَ بِهِ؛ لِأَنَّ الْكِتَابَ الْحَكْمِيَّ

عند أبي حنيفة وأبي يوسف غيرُ مقبولٍ في المنقول؛ لأنه محتاجٌ إلى الإشارة وكيفية الحكم.

والكتابُ الحكميُّ فيه يكون هكذا، مثلاً: إذا ادَّعى رجلٌ في البصرة أنَّه كان له عبدٌ، فأبقي، وبَيَّنَّ اسْمَهُ وحليته وسنَّه وقيمتَه، وهو اليوم في يد فلان بن فلان في الكوفة، وأقام عليه البيِّنة، فأرسل حاكمَ البصرة إلى حاكم الكوفة كتابًا بنقل شهادتهما، فلما وصل إليه الكتابُ أحضر خصمَه، ونظر، فإن وافقَ حليته ما في الكتاب دفع العبدَ إلى المُدَّعي من غير أن يقضي له بالملك، وأخذ منه كفيلاً، وأمره أن يذهب به إلى حاكم البصرة ليشهد الشاهدان على أنَّ هذا العبدَ بعينه ملكُ المُدَّعي، فإذا شَهِدَا هكذا لا يحكمُ به؛ لأنَّ خصمَه غائبٌ، بل بعث إلى حاكم الكوفة كتابًا حكميًا حتى يحكمَ على خصمه في الكوفة، ويُبرئَ كفيله.

والمختارُ . وهو مذهبُ محمدٍ .: أنَّه يقبل في المنقول أيضًا، وعليه الفتوى.

(ويقرؤه) أي: القاضي الكاتب الكتاب (على الشهود ليعلموا ما فيه، ويختتم بحضرتهم، ويسلمُ إليهم) أي: الكتاب إلى

الشهود دفعًا لتهمة التغيير.

(ويوجب) أبو يوسف (الإشهاد) على أنَّ هذا الكتابُ كتابُ القاضي والختمَ ختمَه (لا غير) يعني: القراءة عليهم والتسليمُ إليهم

ليست بشرط، بل يسلمُه إلى المُدَّعي، والقضاةُ عملوا اليوم بقوله. (واختاره) أي: قولُ أبي يوسف الإمام (السرخسي).

(ولا يقبله) أي: الكتاب (القاضي المكتوب) إليه (حتى يحضر الخصمُ) لأنه بمنزلة أداء الشهادة، فيشترطُ حضوره، (وينظر)

القاضي (ختمه، فإذا شهدوا أنه كتابه؛ سلمه إليهم، وقرأ عليهم، وختمه) يعني: إذا قال شهودُ الكتاب: هذا كتابُ فلانٍ القاضي سلمه

إلينا وقرأه علينا، (فضَّه) هذا جوابُ (إذا)، يعني: فتح مهزه، (وقراه) أي: المكتوب إليه الكتابُ (على الخصم، وألزمه ما فيه. وبأمره

بذلك) أي: أبو يوسف يلزم ما في الكتاب (إذا شهدوا أنه كتابه).

وفي «الذخيرة»: إذا مات القاضي الكاتب أو غزِلَ قبل أن يصل الكتابُ إلى المكتوب إليه؛ لا يعمل به عندنا، وقال أبو يوسف:

يعمل، وكذا إذا مات بعد وصوله قبل القراءة؛ لأنَّ القضاةَ إنَّما يجب على المكتوب إليه عند القراءة، فقبَّلها لا يكون النقل تامًا، فيبطل

بالموت. ولو مات بعد وصول الكتاب والقراءة؛ فالمكتوبُ إليه يعملُ به، وكذا لو مات المكتوبُ إليه يبطل العملُ به إلا أن يقول بعده:

وإلى كلِّ من يصل إليه من قضاة المسلمين، فغيره يكون تبعًا له. ولو قال ابتداءً: إلى كلِّ من يصل إليه من قضاة المسلمين لا يُعملُ به

عند أبي حنيفة ومحمد؛ لأنَّ المكتوبُ إليه غيرُ معلوم، وجوَّز العملُ به أبو يوسف توسعًا.

(كتاب الدعوى)

الادعاء: افتعالٌ من دعا، والدعوى اسمٌ منه، ألفه للتأنيث، وجمعه: دعاوى بفتح الواو.

(ويفسرُ المُدَّعي بمن لا يُجبرُ على الخصومة إذا تركها، والمُدَّعى عليه بمن يُجبرُ) على الخصومة. وقال محمدٌ: المُدَّعى

عليه: من يكفيه مجرَّد الإنكار.

(ويشترطُ لقبولها) أي: لقبول الدعوى (معرفة المُدَّعي به) لأنه لو كان مجهولًا لا يمكن الشَّهادة والقضاء.

وفي «الكافي»: الحقُّ هو المدَّعى، والمدعى به خطأ.

(في جنسه وقدره) لأن الغرضَ من الدعوى هو إلزامُ المدَّعى عليه عند البُرْهان، وإلزامُ المجهول لا يصحُّ.

وفي «الذخيرة»: مثلاً: إذا كان المدَّعى مكياً لا بُدَّ له من بيان جنسه بأنَّه حنطٌ أو شعيرٌ، ونوعه بأنَّه مسقيةٌ أو بريئةٌ، وصفتها

بأنَّها جيدةٌ أو وسطٌ أو رديئةٌ، وقدرها بأن يقول: كذا قفيزًا، وسبب وجوبها؛ لأنَّ أحكامَ العين يختلفُ باختلاف أسبابها، فإنَّه إذا كان

بسبب السَّلَم يحتاجُ فيه إلى بيان مكان الإيفاء؛ ليقع التحرُّجُ عن الاختلاف وعن الاستبدال به قبل القبض. وإن ادَّعى الدقيقَ بالقفيز؛ لا

يصحُّ لانكباسه بالكبس، فلا بُدَّ من ذكر الوزن، ومن أنَّه دقيقٌ يربِّي يابسٍ أو مغسول، ومن أنَّه منخولٌ أو غير منخول.

وفي «الكفاية»: يشترطُ لصحة الدعوى مجلسُ القضاء، حتى لو كانت في غيره لا يستحقُّ على المدَّعى عليه جوابها.

(وإحضاره) أي: يشترطُ إحضارُ المدَّعى¹ (إن كان عينًا حاضرةً) في يد المدَّعى عليه كلف إحضارها ليشير إليها بالدَّعوى كما

في الشهادة والاستحلاف، حتى قالوا: لو لم يمكن² إحضاره كالرحى ونحوه؛ حضر الحاكم، أو بعث أمينه.

¹ د + عليه.

² د - يد المدعى عليه...

(وإلا؛ فبيان قيمتها) أي: إن لم تكن حاضرة في يده؛ فيشترط بيان قيمتها؛ ليصير المدعى معلوماً به. قال الفقيه أبو الليث: يُشترط مع ذلك في الحيوان ذكر الذكورة والأنوثة.

وفي «الذخيرة» و«الكافي»: لو لم يبين قيمتها، ذكر في عمأة الكتب: أنه يُسمع دعواه؛ لأنَّ الإنسان ربّما لا يعرف قيمة ماله، فلو كُلفَ ببيانها؛ لتضرّر به، فإذا سقط بيان القيمة عن المدعى؛ سقط عن الشهود أيضاً، بل أولى.

(ولو كان) المدعى (عقاراً، فتحدّده في الدعوى والشهادة شرطاً) عند أبي حنيفة. (واكتفيا بالشهرة في المشهور) لأنَّ الغرض من التّحديد التعريف، وذا حاصل بالشهرة.

قيّد به؛ لأنَّ الخلاف فيما إذا كان العقار مشهوراً، ولم يذكر حدودها لشهرتها، حتى لو لم يذكر حدودها لخفائها؛ لا يُقبل شهادتهم اتّفاقاً.

وله: إنَّ العقار المشهور قد يُراد فيه وينقص، فيبقى مجهولاً، فلا بُدَّ من ذكر حدوده ليعرف.

(واكتفينا بذكر ثلاثة) يعني: إذا ذكروا ثلاثة حدود في العقار، وسكتوا عن الرابع؛ يُقبل عندنا. وقال زفر: لا يُقبل.

له: إنَّ تعريف العقار إنّما يحصل بذكر الحدود الأربعة، ولهذا لو غلط في الرابع لا يُقبل.

ولنا: إنَّ للأكثر حكم الكل، بخلاف ما إذا غلط؛ لأنه يختلف به المدعى.

(ثم يذكر يد المدعى عليه) يعني: يُشترط أن يذكر المدعى أن ما ادّعه في يد المدعى عليه؛ لأنه إنّما يكون خصماً بكونه في يده.

قالوا: هذا في المنقول؛ لأنَّ اليد فيه معيّنة، وأما في العقار؛ فلا بُدَّ من علم القاضي، أو إقامة البيّنة على أنه في يد المدعى عليه؛ لأنَّ اليد فيه غير مشاهد، ولعله كان في يد غيرهما، وتواضعاً عليه ليكون وسيلةً إلى أخذه بحكم الحاكم.

(ومطالبته) يعني: يُشترط طلبه؛ لاحتمال أن يكون مرهوناً في يده، وإنّما يزول الاحتمال بطلبه، حتى قيل: يجب أن يقول: إنّه

في يده بغير حقّ.

(وإن كان ديناً؛ فمطالبته) يعني: يُشترط أن يذكر المدعى أنّه يطالبه بالدين، وتعيّنه بالوصف.

(فإذا صحّت) الدعوى (سأل) الحاكم (المدعى عليه) عن دعواها لينكشف له وجه القضاء؛ لأنَّ الحكم بالبيّنة يخالف الحكم بالإقرار؛ لأنَّ الإقرار حجّة ملزمة بنفسه، ولا يحتاج فيه إلى القضاء، بخلاف البيّنة؛ لأنّها إنّما تصير حجّةً باتّصال القضاء بها. (فإن

اعترف قضي عليه) أي: يحكم القاضي باعترافه، (وإن أنكر سأل المدعى) أي: طلب الحاكم منه (البيّنة) على دعواه، (فإن أحضرها حكم بها، وإن عجز وطلب يمينه) أي: يمين المدعى عليه (استحلف) الحاكم، إنّما شرط طلبه؛ لأنَّ اليمين حقّ المدعى.

وفي «المحيط»: إن كان المدعى عليه صبياً محجوراً، ولم يكن للمدعى بيّنة؛ لا يكون له حقّ إحضاره إلى باب القاضي؛ لأنه لا يتوجّه عليه اليمين؛ لأنه لو نكّل لا يُقضى بنكوله. وإن كان له بيّنة وهو يدعي الاستهلاك؛ كان له حقّ إحضاره؛ لأنَّ الصبي يؤاخذ بأفعاله، والشهود يحتاجون إلى الإشارة إليه، لكن يحضر معه وليّه، فيؤمر بالأداء عنه.

(فإن نكل؛ لزمه¹ المدعى به، وإن أخره) أي: الحاكم الحكم (حتى يعرض اليمين ثلاثاً) بأن يقول الحاكم ثلاث مرات: إن

لم تحلف ألزمتك ما ادّعاه، (كان أولى) وهذا إنّما يُستحب في موضع الخفاء احتياطاً، ولو قضى بالنكول مرّةً جاز، وهو المذهب. ولو قال المدعى عليه بعد النكول عن اليمين ثلاث مرات: أنا أحلف؛ يحلّفه القاضي قبل القضاء بالنكول، وبعده لا يحلّفه، ولا بُدَّ أن يكون النكول في مجلس القاضي².

(ولا نجيز ردها) أي: ردّ اليمين (على المدعى) قال الشافعي: إذا لم يكن للمدعى بيّنة، ولم يحلف المدعى عليه؛ ردّ الحاكم

اليمين على المدعى، فإن حلف قضى له، وإلا لا؛ لأنَّ الظاهر صار شاهداً للمدعى عند نكول خصمه، فيعتبر يمينه كالمُدعى عليه.

ولنا: قوله صلى الله عليه وسلم: «البيّنة للمدعى، واليمين على من أنكر»³، قسم صلى الله عليه وسلم بينهما، والقسمه ينافي

الشركة.

¹ د: ألزمه.

² د: القضاء.

³ مسند الربيع، 234/1؛ سنن الدارقطني، 114/4؛ السنن الكبرى للبيهقي، 252/10. وفي الصحيحين بلفظ: «اليمين على المدعى عليه»، انظر: صحيح

البخاري، الشهادات 20؛ صحيح مسلم، الأفضية 1.

وفي «النهاية»: لو اصطلحا على أن المُدَّعي لو حَلَفَ والمُدَّعى عليه ضامنٌ للمال؛ فالصلحُ باطلٌ، ولا شيء على المُدَّعى عليه.

(ولو قال) المُدَّعى عليه: (لا أَقْرُ ولا أَنْكُرُ؛ فالقاضي لا يستحلفه) عند أبي حنيفة، بل يُحبس حتى يَقْرَ أو يَنْكُرَ. وقالوا: يستحلف؛ لأن قوله: لا أَقْرُ إنكارٌ معنيٌّ، وقوله: ولا أَنْكُرُ إقرارٌ معنيٌّ، فتعارضاً، فتساقطاً، وكان في حكم السكات، والسكوت نكولٌ حكيمٌ، فينزُلُ منزلةُ النكول الحقيقيِّ.

وله: قوله صلى الله عليه وسلم: «اليمينُ على من أنكر»، ولا يُستحلف مع قوله: لا أَنْكُرُ صريحاً. (ولا نحكُمُ بالشَّاهد واليمين) قال الشافعيُّ: إذا أقام المُدَّعي شاهداً واحداً، ولم يكن له شاهدٌ آخرٌ، وحلف على ما ادَّعاه؛ قضى له الحاكمُ؛ لما روي أنه صلى الله عليه وسلم قضى بشاهدٍ ويمينٍ¹.

وفي «الوسيط»: كلُّ واقعةٍ يقضى فيها بشهادة رجلٍ وامرأتين يقضى فيها بشاهدٍ ويمينٍ، وذلك في الأموال. من «الحقائق». وفي «المحيط»: لو قضى القاضي بشاهدٍ ويمينٍ لا ينفذ؛ لأنَّه خلافُ التَّنزيل. ولنا: قوله صلى الله عليه وسلم: «البينة للمُدَّعي، واليمينُ على من أنكر»²، وهو حديثٌ مشهورٌ، وما رواه يخالفه، فيكون مردوداً.

وفي لفظ الشَّاهد إشارةٌ إلى أنَّه لو حلف مع امرأتين؛ لم يجز اتفاقاً. من «الحقائق». (ولو قال: بيّنتي حاضرةً في المصّر، وطلب يمينه) أي: طلب من القاضي أن يستحلف خصمه، (فهو ممنوعٌ منه) أي: القاضي لا يستحلف عند أبي حنيفة. وقالوا: يستحلفه.

قيّد بقوله: «في المصّر»؛ لأنَّها لو كانت في مجلس القضاء لم يستحلف اتفاقاً، وإن كانت غائبةً عن المصّر استحلف اتفاقاً. لهما: إنَّ الاعتبارَ بما إذا كانت البينة غائبةً عن المصّر. وله: إنَّ الاعتبارَ بما إذا كانت حاضرةً في مجلس القضاء. وفي «المحيط»: إذا قال المُدَّعي: ليس لي بيّنة على هذا، ثمَّ أقام البينة عليه؛ لا يُقبلُ عند أبي حنيفة؛ لأنَّه كدَّب بيّنته، ويُقبلُ عند محمدٍ؛ لأنَّه يحتملُ أنَّه كان له بيّنة، ونسيها. (ويأخذ) المُدَّعي في هذه المسألة (كفيلًا بنفسه) أي: نفس المُدَّعى عليه (ثلاثة أيام) لئلا يضيع حقُّ المُدَّعي إذا حضرها، وإذا كان المُدَّعى عليه معروفاً، والظاهرُ من حاله أنَّه لا يخفي نفسه بذلك القدر من المال؛ لا يُجبرُ على إعطاء الكفيل. كذا في «التبيين».

ولا يأخذ كفيلًا إذا قال: بيّنتي غائبةً؛ لأن الغائب كالهالك من وجهه، فلا فائدة في التَّكفيل. (فإن امتنع) المُدَّعى عليه إعطاءه³ الكفيلَ بنفسه (لازمه) أي: دارَ معه حيث سارَ حفظاً لحقِّه، ولا يُجبرُ القاضي على التَّكفيل اتفاقاً. (إلا أن يكون غريباً) أي: يكون المُدَّعى عليه مسافراً في الطريق، (فيلازمه مقدارَ مجلس القاضي) أي: إلى أن يقوم عن مجلسه؛ لأن في الملازمة أكثر من ذلك إضراراً على خصمه من حيث منعه من السَّفَر.

(ولا يُستحلف في حدِّ) اتفاقاً، كما إذا ادَّعى عليه القذف، فأنكره، وكذا في اللعان، كما إذا ادَّعت على زوجها أنَّه قذفها موجباً للعان، فأنكره.

قال الصدوقُ الشهيد: لا يُستحلف في الحدود اتفاقاً إلا إذا تضمَّن معنىً آخرَ، بأن علَّق عققه بزناه، فادَّعى العبدُ أنَّه زنى، ولا بيّنة له؛ يُستحلف المولى، حتى إذا نكل ثبَّت العتقُ دون الزنا.

(وكذا في مجرد نكاح) أي: لا يُستحلف عند أبي حنيفة إذا ادَّعى رجلٌ على امرأةٍ أو هي عليه نكاحاً. وقالوا: يُستحلف. قيّد بالمجرد؛ لأن المقصود من دعوى النكاح لو كان هو المال، كما إذا ادَّعت على رجلٍ أنَّه تزوّجها بألفٍ وطلَّقها قبل الدخول، ولها عليه نصفُ المهر؛ فإنَّه يُستحلف اتفاقاً، ويلزمه المألُ بنكوله، ولا يثبت النكاح. وكذا لو ادَّعت به الإرث والنفقة وامتناع الرجوع في الهبة والنسب يثبت هذه الحقوق. من «الحقائق».

¹ صحيح مسلم، الأفضية 3؛ سنن أبي داود، الأفضية 21؛ مسند أحمد بن حنبل، 248/1.

²

³ د: إعطاء.

(ورجعة) عطفٌ على «مجرد»، كما إذا ادَّعت عليه أو هو عليها بعد العدة أنه راجعها، وأنكر الآخر. (وفيء) كما إذا ادَّعى المولى عليها أو هي عليه بعد مدَّة الإيلاء أنه فاءٌ فيها، وأنكر الآخر. (وولاد) أي: نسب، كما إذا ادَّعى أنَّ المُدَّعى عليه ولدُه أو ولدُه. وعلى هذا الخلاف الاستيلاء، بأن ادَّعت أمة على سيِّدها أنها ولدت منه، وأنكره، ولا يتأتَّى هذا من الجانب الآخر؛ إذ لو ادَّعى المولى يثبت الاستيلاء بإقراره، ولا يُعتبرُ بإنكارها، وهذا ملحقٌ بالأشياء الستَّة؛ لأن الدعوى فيه دعوى النسب أو الرِّق. (وولاة) بأن ادَّعى على رجلٍ أنه معتمُّه أو ادَّعى هو أو كان ذلك في ولاء المولاة، والآخرُ ينكُر. (ورق) كادِّعاء رجلٍ على مجهول النسب أنه عبده أو هو يدَّعي عليه، والآخرُ ينكُر. وقالوا: يُستحلفُ في هذه الأشياء.

(وقيل يُفتى بقولهما) قائله قاضيخان في «شرح الجامع الصغير». وقيل: ينظر القاضي في حال المُدَّعى عليه، فإن رآه متعتاً يأخذُ بقولهما، وإن رآه مظلوماً يأخذُ بقوله.

لهما: إنَّ النكولَ في معنى الإقرار دون بذل الحَقِّ على المُدَّعي، بدليل أنه يعتبرُ من المأذون والمكاتب، وهما لا يملكان البذل، فإذا كان إقراراً؛ فالإقرارُ يجري في هذه الأشياء، فيجري الاستحلافُ كما في الأموال، وإنَّما لم يُجعل إقراراً في الحدود؛ لأنها لا تثبتُ بما فيه شبهة كالشهادة على الشهادة، والنكولُ في معنى الإقرار، لكنَّ فيه شبهة البذل، فلذا لم يثبت الحدودُ به، ولم يجرِ الاستحلافُ فيها؛ لخلوِّه عن فائدة، وهي القضاء بالنكول.

وله: إنَّ النكولَ في معنى البذل؛ لأنه لو جُعِلَ إقراراً؛ لصار كاذباً في إنكاره، ولو جُعِلَ بذلاً؛ لا يكون كاذباً؛ لأنه يُحملُ على أنه يعطيه لقطع الخصومة، فحقُّه على البذل يكون أوَّلَى صيانةً للمسلم عن أن يُظنَّ به الكذب، فإذا كان بذلاً؛ فالبذلُ لا يجري في هذه الحقوق؛ لأنه إنَّما يجري فيما يُستباح بالإباحة كالأموال، وهذه الأشياءُ لا يجري فيها الاستباحة، فلا يجري الاستحلافُ، وإنَّما اعتُبرَ النكولُ من المأذون والمكاتب؛ لأنه بذلٌ لضرورة دفع الخصومة، فيدخل تحت الإذن في التجارة كما يدخل الضيافة اليسيرة.

فإن قيل: لو كان النكولُ بذلاً لَمَا صحَّ في الدين؛ لأنَّ البذلُ إنَّما يكون في الأعيان، والدينُ وصفٌ في الذمَّة.

قلنا: معنى البذل هنا: ترك المنع، وهو جائزٌ في المال؛ لأنَّ أمره هينٌ، ولا كذلك الأشياءُ الستَّة.

فإن قيل: هذا تعليقٌ مخالفٌ للحديث المشهور، وهو قوله صلى الله عليه وسلم: «اليمينُ على من أنكر»¹.

قلنا: خصَّ منه الحدودُ، فجاز تخصيصه بالقياس.

(ويحلفُ في دعوى القصاص) يعني: من ادَّعى على آخرٍ قصاصاً (في النفس والطرف) أي: الأعضاء، وعجز عن إقامة البينة،

استحلف المُدَّعى عليه، فإن حلف انقطع الخصومة اتِّفاقاً.

(فإن نكل؛ فالقصاصُ في الطرف) يعني: القصاصُ لازمٌ فيما دون النفس عند أبي حنيفة (والحبسُ حتى يقرَّ أو يحلفَ في

النفس) يعني: إن نكَلَ في دعوى القصاص في النفس الحبسُ لازمٌ عنده حتى يقرَّ بالجناية أو يحلفَ. (وقالوا: المالُ فيهما) يعني: يلزمه الأرشُ في الطرف، والدية في النفس؛ لأنَّ النكولَ إقرارٌ عندهما، لكنَّ فيه شبهة البذل، فيمتنع في الطرف لما² فيه شبهة القصاص كما في النفس، فيجب المالُ فيهما لتعدُّر القصاص.

وله: إنَّ النكولَ بذلٌ عنده، فلا يمكن إيجابُ الدية مع بذل النفس، فيجب الحبسُ حتى يقرَّ أو يحلفَ؛ لأنَّ اليمينَ حقٌّ مستحقٌّ، فالحبسُ مشروعٌ لأجله، كما في القسامة إذا امتنع واحدٌ من المحلَّة أو كلُّهم عن اليمين، وأما الأطراف؛ فملحقة بالأموال من جهة أنها مخلوقة لوقاية النفس كالمال، والبذلُ كان يجري فيها، فكذا فيما أُحَقَّ بها، ولهذا لو قال: اقطع يدي فقطعها لا يضمنُ.

(وإن ظفَر) يعني: الدائن من مال مديونه (بجنس حقه أخذه) اتِّفاقاً، (وبخلافه) أي: إن ظفر بخلاف جنس حقه (نمنعه)

وقال الشافعي: يأخذه ويتملِّكه مقدارَ حقه أو يبيعه بجنس حقه؛ لأنَّ ما أخذه مثل حقه في المالية، فله أن يأخذه، كما إذا ظفر بجنس حقه.

ولنا: إنَّه لو سلم إلى الدائن خلافَ جنس حقه لا يُجبرُ على قبوله كما يُجبرُ في تسليم جنس حقه، فإذا كان ما أخذه غير حقه

يكون فيه نوع بيع، فلا يجوز إلا برضاء المديون.

(فصلٌ في كيفية اليمين والاستحلاف)

¹ مسند الربيع، 234/1؛ سنن الدارقطني، 114/4؛ السنن الكبرى للبيهقي، 252/10.

² د: بما.

(ويحلفُ بالله، ويؤكِّدُ بأوصافه) بأن قال: والله الذي يعلم السرَّ وأخفى ونحوها، قيل: التوكيدُ يكون في الحالف الفاسق. وقيل: في المال الخطير دون الحقير. ولو حلف وامتنع عن توكيده بالأوصاف لا يُفْضَى عليه؛ لأن المقصودَ. وهو الحلفُ بالله. قد خَصَلَ.

(لا بالطلاق والعناق) أي: لا يحلفُ بهما؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «من كان منكم حالفاً فليحلف بالله أو ليذر»¹. وقيل: في زماننا ساغ للقاضي أن يحلفَ بها إذا ألحَّ الخصمُ لقلَّةِ المبالاة باليمين بالله، لكن إذا نكَّلَ عنه لا يقضى عليه؛ لأنه امتنع عما هو منهىٌّ عنه، ولو فُضِيَ لا ينفذُ. ولو طلب المُدَّعى عليه تحليفَ الشاهد لا يجيبه القاضي؛ لأننا أمزنا بإكرام الشهود. كذا في «التبيين».

(ولا يغلظُ بزمانٍ) كالتحليف في يوم الجمعة، (ولا مكانٍ) كالتحليف في المسجد؛ لأن ذلك زيادةٌ على نصِّ.

(واليهوديُّ) أي: يحلف اليهوديُّ ويقول: (بالله الذي أنزل التوراة على موسى، والنصرانيُّ: بالله الذي أنزل الإنجيل على عيسى، والمجوسيُّ: بالله الذي خلق² النار) فتغلظُ³ اليمينُ على كلِّ طائفةٍ بحسب ما يعتقدون تعظيمه، ويحلفُ الوثنيُّ بالله فقط؛ لأنه يقرُّ بالله وإن كان يُشركُ معه غيره، كما قال تعالى: ﴿وَلَيْسَ سَأَلْتَهُمْ مَنْ خَلَقَهُمْ لِيَقُولُوا اللَّهُ﴾ [الزخرف، 87/43]. (ولا يحلفون في متعبداتهم) أي: بيوت عبادتهم؛ لأن القاضي ممنوعٌ عن حضورها.

(وإذا جحد أنه باعه هذا العبد بالف) يعني: من ادَّعى أنه اشترى من رجلٍ عبده بالف، فأنكره⁴، (استحلف: ما بينكما بيع قائمٌ فيه) يعني: يقال له: احلف على أن لا يكون بينكما بيعٌ قائمٌ في الحال، ويقول عند الحلف: بالله ما بيننا بيعٌ قائمٌ.

(«ما» في «ما⁵ بينكما» نافيةٌ، والضميرُ في «فيه» راجعٌ إلى الظرف المتقدِّم.

(وفي الغصب: ما يستحقُّ عليك ردّه) يعني: إذا ادَّعى غصبَ شيءٍ، فأنكره خصمه، يقال له: احلف على أنه لا يستحقُّ عليك ردَّ ما ادَّعاه، ويقول في حلفه: بالله ما يجب عليَّ ردُّ ما ادَّعاه.

وفي «المحيط»: هذا إذا كان الثوب قائماً، وإن كان هالِكاً؛ يستحلفُ على القيمة لا غير. وقيل: يحلفُ على الثوب والقيمة جميعاً عند أبي حنيفة، وعندهما: يحلفُ على القيمة، بناءً على أنَّ عندهما الحقُّ في القيمة لا في العين، وعنده الحقُّ في العين لا في القيمة، ما لم يقض القاضي بالقيمة أو يتراضيا عليها، حتى لو اصطلحا على أكثر من قيمته جاز عنده خلافاً لهما.

(وفي التِّكاح) يعني: في دعوى التِّكاح يقال له: احلف على أنَّ ما (بينكما نكاحٌ قائمٌ في الحال) وفي حلفه يقول: ما بيننا، وهذا على قولهما؛ إذ الاستحلافُ في التِّكاح غيرُ جائزٍ على قوله.

(وفي الطَّلاق) يقال للزوج إذا أنكر الطلاق: احلف على أنَّ (ما هي بائنٌ منك السَّاعة بما قالت، لا بنفيها) يعني: لا يُستحلفُ بنفي الأسباب، ولا يقول في البيع⁶: بالله ما بعثُ؛ لاحتمال أنه باع، ثمَّ أقال، ولا يقول في الغصب: بالله ما غصبْتُ؛ لاحتمال أنه غَصَبْتُ، ثمَّ ملك المغصوبَ بالهبة أو البيع، ولا يقول في التِّكاح: بالله ما نكحتُ؛ لاحتمال أنه نكحها، ثمَّ أبانها، ولا⁷ يقول في الطَّلاق: بالله ما طَلَّقْتُها؛ لاحتمال أنه طَلَّقْتُها، ثمَّ راجعها، أو نكحها.

الحاصل: إنَّ الدَّعوى إذا وقعت في سببٍ؛ فاليمينُ يكون على الحاصل عند أبي حنيفة ومحمد؛ لأن المقصودَ من الأسباب أحكامها، فيحلف على نفيها، لا على نفي السَّبب، ويكون على السَّبب عند أبي يوسف؛ لأن اليمينَ حقُّ المُدَّعي، فيحلف على وفق دعواه. كذا ذكر في «الهداية» و«الكافي».

اعلم أنَّ الخلافَ مقيدٌ بقيدتين:

أحدهما: أن لا يكون في التحليف على الحاصل ضررٌ بالمُدَّعي، وإن كان يحلفُ على السَّبب اتِّفاقاً، كما إذا ادَّعى شفعةً بالجوار، والمُدَّعى عليه شافعيٌّ لا يراها؛ يحلفُ على السَّبب؛ لأن المُدَّعى عليه يحلفُ على الحاصل، وهو عدمُ حقِّ الشُّفعة بناءً على اعتقاده، فيبطل حقُّ المُدَّعي.

¹ صحيح البخاري، الشهادات 26، الأيمان 3؛ صحيح مسلم، الأيمان 3. وفيه: «أو ليصمت» مكان «أو ليذر».

² د: بالله خالق.

³ د: فيغلظ.

⁴ د: فأنكر.

⁵ ح - ما.

⁶ د: بالبيع.

⁷ ح: فلا.

وثانیهما: أن يكون السبب مما يرتفع كالبيع وأخواته، وإن كان مما لا يرتفع؛ يحلف على السبب اتفاقاً، كالعبد المسلم إذا ادعى العتق على مولاه، فأنكر؛ يحلف بالله ما أعتقه.

قيّدنا بالعبد المسلم؛ لأن العبد الكافر لو ادعى العتق على مولاه يحلف على الحاصل، ويقول: بالله ما هو خُرٌّ في الحال؛ لأن الرقَّ يمكن أن يتكرَّر عليه، بأن ينقضَّ العهد، ويلحق بدار الحرب، ويُسبى ثانياً، ولا يتكرَّر على المسلم؛ لأنه إذا ارتدَّ والتحقَّ؛ لا يُقبلُ منه إلا الإسلام أو السيف.

أقول: قوله: «استحلف» إن دُكر على بناء المعلوم ليدلَّ على قول محمدٍ، وجعل قوله: «لا بنفيها» إردافاً لقول أبي يوسف؛ لا يطابق المتن بشرحه؛ لأنه بين في شرح هذا الموضوع: أنَّ اليمينَ على السبب قولُ أبي يوسف، واليمينَ على الحاصل قولُهما، وإن دُكر على بناء المجهول تكون المسألة وفاقيةً، وهي خلافةً.

(ونحلف الوارث على العلم) كما لو ورث رجلٌ عبداً، فادعى آخرُ أنَّه له، وأراد استحلافَ الوارث؛ يحلف بالله ما يعلم أنَّه عبده. (والمشتري على البتات) كما إذا اشترى من رجلٍ عبداً، أو وهبه له، فادعى آخرُ أنَّه له؛ يحلف المُدعى عليه على البتات، ويقول: بالله ما هو عبده، والأصل فيه: أنَّ التَّحليفَ على فعل نفسه يكون على البتات، وعلى فعل غيره على العلم.

فإن قيل: إذا ادعى المشتري أنَّ العبدَ آبق، فأنكر البائع؛ يحلف على البتات مع أنَّه فعلُ الغير، فكيف يستقيم هذا الأصل؟ قلنا: المُدعى يدعي عليه تسليم المعيب، وهو ينكر، فيكون اليمينُ على فعل نفسه. وفي «التبيين»: هذا إذا قال المنكر: لا علم لي في فعله، وأما إذا ادعى العلم؛ يحلف على البتات، كالمودع إذا ادعى أنَّ ربَّ الوديعة قبضها.

وفي «الخلاصة»: من قال: إن لم يدخل فلان الدار اليوم فامرأتي طالق، ثمَّ قالت¹: إنَّه دخل؛ يحلف على البتات.

فصل في التَّحالف

(وإذا ادعى البائع ثمناً أكثر) مما يدعيه المشتري، (أو المشتري) أي: إذا ادعى المشتري (مبيعاً أكثر) مما يدعيه البائع، (فُضي لمن أقام البينة) لأنها أقوى لا يُعارضها مجردُ الدعوى. (فإن برهنا) أي: أقام كلُّ منهما بينة؛ (فُدِّم أثبهما) يعني: المثبتة (للزيادة) أولى؛ لأن البيئات شرعت للإثبات. وإن كان الاختلاف في الثمن والمبيع جميعاً؛ يُعتبر بينة البائع في الثمن، وبينة المشتري في المبيع نظراً إلى إثبات الزيادة.

(وإلا؛ دُعياً إلى التراضي) أي: إن لم يكن لكلِّ بينة قيل للمشتري: ارضَ بالثمن الذي يدعيه البائع، وإلا؛ فسخنا البيع، وقيل للبائع: سلِّم ما ادعاه المشتري من المبيع، وإلا فسخنا البيع؛ لأن الغرض قطع الخصومة، وهو يكون بالتراضي، فيجب أن لا يعجل القاضي بالفسخ.

(فإن امتنع) عن التراضي (استحلفا) على بناء المجهول، أي²: استحلف القاضي كلاً منهما؛ لأنه منكر ما يدعيه، (وفسخ البيع) سواء كان قبل قبض المبيع أو بعده؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة؛ تحالفا وتراذا»³، وفيه دلالة على أنَّ القاضي يفسخه؛ لأن البيع بثمن مجهول فاسدٌ، فلا بُدَّ من النسخ فيه بطلب أحدهما. وقيل: يفسخ بنفس التَّحالف، لكنَّ الصَّحيح هو الأوَّل، بدليل ما ذكر في «المبسوط»: إنَّ وطءَ الجارية المبيعة يحلُّ بعد التَّحالف.

(ويدى بالمشتري) أي: بدأ القاضي بتحليف المشتري (في الصَّحيح) أي: في النَّقل الصَّحيح عن أبي حنيفة؛ لأن اليمينَ شرعت لفائدة النكول، فإذا نكل المشتري يتعجلُ فائدته، وهو الإقرار أو البذل، ولو بُدئَ بيمين البائع؛ يتأخَّر المطالبة بتسليم المبيع إلى زمانٍ استيفاء الثمن، فيقدِّم ما يتعجلُ فائدته بالنكول. هذا إذا باع سلعةً بثمنٍ، وإن باع ثمناً بثمنٍ أو سلعةً بسلعةٍ؛ بدأ القاضي بأيهما شاء؛ لاستوائهما في فائدة النكول. وقيل: يُقرع بينهما في البداية.

(وإن اختلفا في الأجل) أي: إذا ادعى أحدهما أجلاً، فأنكره الآخرُ، (أو شرط الخيار، أو استيفاء بعض الثمن) أي: قبضه، (كان القول للمنكر) لأنَّهما اتفقا على المبيع والثمن، واختلفا في أمرٍ زائدٍ، فلا يتحالفان، كما لو اختلفا في الحطِّ والإبراء، بخلاف

¹ د: قال.

² ح - أي.

³ شرح مشكل الآثار للطحاوي، 161/6؛ المعجم الكبير للطبراني، 174/10؛ سنن الدارقطني، 413/3.

⁴ د - إذا.

الاختلاف في وصف الثمن وجنسه حيث يتحالفان فيهما كما في القدر؛ لأن الاختلاف في الوصف¹ فيما هو دين اختلاف في الثمن، فيجري التحالف بينهما.

فإن قيل: الأجل يوجب نقصاناً في الثمن، فكان ينبغي أن يكون الاختلاف فيه اختلافاً في وصف الثمن.

قلنا: أصل الثمن حقُّ البائع، والأجل حقُّ المشتري، ولو كان وصفاً للثمن؛ كان حقاً للبائع.

(أو في الثمن) أي: لو اختلفا في قدر الثمن (بعد هلاك المبيع؛ أمر) محمد (بالتحالف والفسخ على قيمته) أي: قيمة الهالك. (وجعل القول للمشتري) هذا إذا كان الثمن ديناً، وإن كان عيناً يتحالفان اتفاقاً؛ لأنَّ المبيع في أحد الجانبين قائم، ألا يُرى أنَّهما لو تقايلاً بعد هلاك أحد العوضين؛ يجوز إذا كانا عينين، ثمَّ يردُّ مثل الهالك إن كان له مثل، وقيمتُه إن لم يكن؟ وهذا إذا هلك بعد القبض، وإن هلك قبله وكان الثمن مقبوضاً؛ يتحالفان اتفاقاً. كذا في «الكفاية».

وعلى هذا الخلاف إذا خرج المبيع عن ملكه أو تغيَّر.

اعلم أنَّ مسألة التغيُّر مذکور في «المنظومة»، وقد أهملها المصنِّف.

ثمَّ تغيُّره إلى زيادةٍ إن كان من حيثُ الذات بعد القبض متصلةً كانت أو منفصلةً، متولدةً من عينها كالولد وبدل العين كالأرض والعقر؛ يتحالفان عند محمدٍ خلافاً لهما، وإذا تحالفا بترادُّان القيمة عنده، إلا إن شاء³ المشتري أن يردَّ العين مع الزيادة. وقيل: بترادُّان رضي المشتري أو سخط.

قيدنا الزيادة بقولنا: «من حيثُ الذات»؛ لأنَّها لو كانت من حيثُ السعر يتحالفان، سواءً كان قبل القبض أو بعده.

وقيدنا بقولنا: «متولدة من عينها»؛ لأنَّها لو لم تكن كذلك يتحالفان اتفاقاً، ويكون الكسب للمشتري عندهم جميعاً.

له: قوله صلى الله عليه وسلم: «إذا اختلف المتبايعان تحالفاً وترادُّاً»⁴، وهو مطلقٌ غيرٌ مقيدٍ بقيام السلعة، فيعملُ به، ولفظُ الترادُّ فيه لا يدلُّ على قيام البتلة؛ لأنَّ ردَّ قيمة المبيع كرده.

ولهما: قوله صلى الله عليه وسلم: «إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمةٌ تحالفاً وترادُّاً»⁵، وهذا الحديثٌ مقيدٌ بقيام السلعة، وما رواه محمودٌ على هذا المقيد؛ لأنَّ روايتهما ابنُ مسعودٍ، وإذا كان راوي المطلق والمقيد واحداً؛ يُحملُ المطلق على المقيد اتفاقاً، ويُحالُّ تركُّ القيد⁶ إلى غفلة الراوي.

(أو بعد هلاك بعضه) أي: إذا اختلف المتبايعان في الثمن بعد هلاك بعض المبيع، كعبددين مات أحدهما قبل نقد الثمن عند المشتري؛ (فالتحالف ممتنع) عند أبي حنيفة؛ لأنَّ التحالف بعد القبض مشروطٌ بقيام البتلة، وهي اسمٌ لجميع المبيع، فإذا هلك بعضه فُقِد الشرطُ، (إلا أن يرضى البائع بترك حصَّة الهالك) من الثمن؛ لأنَّ الهالك قد خرج من أن يكون مبيعاً بترك حصَّته، فصار كأنَّ المبيع هو الحيُّ وحده، فلم يبق الاختلاف بينهما إلا في ثمن الحيِّ، فيتحالفان، فأُيِّهما نكل؛ لزمه دعوى آخر. وفي روايةٍ عن أبي حنيفة: يأخذ من ثمن الهالك ما أقرَّ به المشتري دون الزيادة، وتحالفاً، وترادُّاً في الحيِّ. من «الاختيار». (والقول للمشتري) مع يمينه عنده؛ لأنه ينكُر الزائد.

(ويأمر) أبو يوسف (بالتحالف في القائم والفسخ فيه) أي: في القائم.

قيل: معناه: يتحالفان على القائم لا الهالك؛ لأنَّ الفسخ ورد فيه لا في الثاني، وهذا ليس بصحيح؛ لأنَّ المشتري لو حلف:

بالله ما اشتريته القائم بحصَّته من الثمن الذي يدَّعيه البائع يكون صادقاً فيه؛ لأنَّ من اشترى شيئاً بآلفٍ إذا خَلَفَ أنه ما اشترى أحدهما كان صادقاً، وكذا البائع لو حلف: بالله ما بعث القائم بحصَّته من الثمن الذي يدَّعيه المشتري يكون صادقاً فيه، فلا يفيدُ التحالفُ.

بل الوجه: أن يحلِّفا على القائم والهالك، ويقول المشتري: بالله ما اشتريتهما بما يدَّعيه البائع، ويقول البائع: بالله ما بعثتهما

بالثمن الذي يدَّعيه المشتري، فأُيِّهما نكل عن هذا الحلف؛ لزمه دعوى الآخر، وإن حلِّفا يُفسخُ العقدُ في القائم لا الهالك، وسقط حصَّة

1 د: الصفة.

2 ح: وهذا.

3 د: أن يشاء.

4 المبسوط للسرخسي، 29/13.

5 شرح مشكل الآثار للطحاوي، 161/6؛ المعجم الكبير للطبراني، 174/10؛ سنن الدارقطني، 413/3؛ المبسوط للسرخسي، 29/13.

6 د: المقيد.

القائم من الثمن، ويلزم المشتري حصّة الهالك من الثمن الذي أقرّ به المشتري، ولا يلزمه قيمة الهالك؛ لأنّها إنّما تجب عند الانفساخ، والعقد لم يفسخ في الهالك عنده، فيقسم الثمن الذي أقرّ به المشتري على القائم والهالك على قدر قيمتهما يوم القبض.

(ويجعل) أبو يوسف (القول للمشتري) مع يمينه (في قيمة الهالك) إذا اختلفا فيها.

له: اعتبار البعض بالكلي، وكلّ المبيع لو كان قائماً يتحالفان، ولو كان هالكاً لا يتحالفان، فإذا هلك البعض وبقي البعض؛ يعطي كلّ بعض حكم كلّ.

وإن اختلفا في قيمة الهالك يوم القبض؛ فالقول للبائع مع يمينه، وأيهما أقام البيّنة يقبل بيّنته، وإن أقاما البيّنة؛ فبيّنة البائع أولى. فإن قيل: المشتري يدعي زيادة في قيمة القائم، فوجب أن يقبل بيّنته.

قلنا: ما وقع فيه الاختلاف قصداً قيمة الهالك، والاختلاف في قيمة القائم ضمناً، فيرجح.

(وأمر به فيهما) أي: أمر محمد بالتحالف في القائم والهالك؛ لأن الهالك لا يمنع التحالف، فصار كأنّهما حيّان.

وفي «الحقائق»: محلّ الخلاف: الهالك بعد القبض؛ إذ لو هلك أحدهما قبل القبض يتحالفان اتفاقاً.

(ولو اشترى عبداً، فباع نصفه، ثم اختلفا) أي: البائع الأوّل مع المشتري الأوّل في الثمن؛ (فالقول للمشتري) عند أبي حنيفة

مع يمينه، ولا يتحالفان. (ويأمر) أبو يوسف (بالتحالف) في النصف الباقي على ملكه، (والفسخ في النصف إن رضي البائع) بقبول

النصف بعد التحالف؛ لأنه تعيّب بعيب الشركة، وإن لم يرض؛ لم يتحالف، فيكون القول للمشتري. (وأمر به) أي: محمد بالتحالف (في

النصفين، فيردّ القائم وقيمة المبيع إن رضي) البائع بقبول النصف القائم، (والإلا؛ فقيمتها) أي: إن لم يرض البائع؛ فيردّ المشتري قيمة

النصفين بعد التحالف، وفسخ البيع في العبد كلّ.

وكلّ من الأئمة في هذه المسألة مرّ على أصله في المسألة السابقة، فلا يحتاج إلى بيان الدليل.

(أو في الإجارة) أي: إذا اختلفا في مقدار الأجرة في عقد الإجارة (قبل استيفاء المعقود عليه؛ تحالفا وتراذلاً) أي: فسخا

العقد؛ لأن الإجارة قبل قبض المنفعة نظير البيع قبل قبض المبيع، والأحكام السابقة فيه من بداية الاستحلاف وترجيح البيّنة وغيرهما

جارية في الإجارة.

فإن قيل: قيام المعقود عليه شرط جواز الفسخ، وهو هنا معدوم؛ لأنه منفعة.

قلنا: العين أقيمت مقام المنفعة في إيراد العقد عليها، ففي الفسخ يكون كذلك.

(أو بعده) أي: لو اختلفا بعد الاستيفاء (كان القول للمستأجر) ولم يتحالفا.

فإن قيل: هذا على أصلهما ظاهر، وأمّا على أصل محمد؛ فهلاك المبيع لم يكن مانعاً عن الفسخ، فكيف صار مانعاً هنا؟

قلنا: كان الفسخ في المبيع الهالك على قيمته، والمنفعة المستوفاة لا يمكن الفسخ فيها ولا في قيمتها؛ لأنّها غير متقوّمّة في

نفسها.

(أو المولى والمكاتب في البدل) أي: إذا اختلفا في مقدار بدل الكتابة؛ (فالتحالف منتفٍ) عند أبي حنيفة، والقول للعبد مع

يمينه. (وقالا: يتحالفان وتفسخ¹) الكتابة؛ لأنّهما اختلفا في بدل عقدي يقبل الفسخ، فصار كالبيع.

وله: إن التحالف جاز فيما إذا نكل أحدهما لزمه دعوى الآخر، والمكاتب إذا نكل لا يلزمه شيء؛ لتمكّنه من الفسخ بالتعجيز،

ولا كذلك البيع؛ لأنه لازم من الجانبين.

(أو الزوجان) أي: إذا اختلف الزوجان، سواء كان النكاح قائماً بينهما أو لم يكن، (في متاع البيت، فما يصلح للرجال)

كالقلنسوة والقباء والسلاح ونحوها (كان له) أي: للزوج المدّعي مع يمينه؛ لأن الظاهر شاهد له، فكان في يده حكماً، والقول في

الدّعى لصاحب اليد، (أو للنساء؛ فلها) أي: ما يصلح للنساء كالمقنعة والخلخال ونحوها يكون للزوجة المدّعية، (أو لهما؛ فله)

يعني: إذا صلح للزوجين كآنية البيت؛ فهو للزوج عند أبي حنيفة؛ لأن المرأة وما في يدها في يد الزوج، فالقول لصاحب اليد. (أو ورثة

أحدهما) أي: إذا مات أحد الزوجين، واختلف وارثه (مع الآخر؛ فالصالح لهما للباقي منهما) أي: يكون للحَيّ عند أبي حنيفة؛ لأن

اليّد ثابت للحَيّ لا للميت.

¹ ح: ويفسخ.

(ويأمر لها بجهاز مثلها) يعني: يجعل أبو يوسف ما يجهز به مثلها في حالة الموت والحياة لها¹، (والباقي² له) أي: للزوج مع يمينه؛ لأنها تأتي بالجهاز عادةً، وكان الظاهرُ شاهداً لها، وهو أولى من ظاهر يد الزوج، ولا معارضَ في الباقي من جهازها، فيدفع للزوج.

(وأمر بصرفه إليه) أي: أمر محمدٌ في الحاليتين بدفع ما يصلح لهما إلى الزوج، (أو إلى ورثته) لأنَّ الورثة خلفاء الميت، فلا يتغيَّر الحكمُ فيما يصلح لهما بالموت، كما لا يتغيَّر فيما يصلح لأحدهما، والطلاقُ والموتُ سواءً في هذا. فالحاصل: إنَّهم اتَّفَقوا أنَّ ما يصلح لأحدهما؛ فهو لمن يصلح له في الحياة والموت حتى يقوم ورثته مقامه، واختلفوا فيما يصلح لهما، فأبو حنيفة جعله للزوج في حياتهما، وللباقي منهما بعد موت أحدهما، وأبو يوسف جعل لها ما يجهز به مثلها في الحاليتين، ومحمدٌ جعله للزوج في الحاليتين.

(ونفينا الحكم بقسمته بينهما) يعني: قال زفر: ما يصلح لهما يُقسم بينهما نصفين؛ لاستوائهما في الدعوى وفي اليد، وقال في غيره مثل ما قال أبو حنيفة.

(ولو كان أحدهما) حيًّا كان أو ميتًا (مأذونًا؛ فهو) أي: المتاع الصالح لهما (للحرِّ) عند أبي حنيفة؛ لأنَّ يده أقوى، ويُدِّ المملوك ليس بيد ملك.

اعلم أنَّ المذكورَ في «الهداية» و«الجامع الصغير» للصدِّر الشهيد وفخر الإسلام وصدر الإسلام وقاضي خان: أنَّ كَوْنَ المتاع للحرِّ في هذه المسألة إذا كان في حياتهما، وأما إذا كان بعد موت أحدهما؛ فالمتاع للحرِّ؛ لأنَّ الميت لا يد له، فخلت يد الحرِّ عن المعارض. وأما شمس الأئمة السرخسي؛ فقد ذكر في «شرح الجامع الصغير»: وكذلك إن مات أحدهما؛ فهو للحرِّ منهما. وهذا على إطلاقه قول أبي حنيفة، والمتنُّ موافقٌ لما قاله الإمام السرخسيُّ.

(وقالا: حكمهما كالحرين) يعني: حكمُ الزوجين اللذين أحدهما مأذونٌ أو مكاتبٌ إذا اختصما في متاعٍ يكون كاختصام الزوجين الحرِّين؛ لأنَّ للمأذون والمكاتب يدًا معتبرةً في الخصومات، حتى لو اختصم المولى والمكاتب في شيءٍ هو في أيديهما؛ يُقضى بينهما لاستوائهما.

(فصل) فيمن لا يكون خصمًا

(إذا ادَّعى الخصم) يعني: إذا ادَّعى رجلٌ على آخرٍ دعوى ملكٍ عينٍ في يده، فقال المُدَّعى عليه: (إنَّ الغائب أودعني هذا الشيء، أو رهنه، أو غصبته منه، أو استأجرته، وأقام بينة؛ فليس بخصم) أي: لا يكون ذو اليد خصمًا للمُدَّعي؛ لأنه أثبت³ ببينته أنَّه وصل إليه من جهة فلانٍ، وأنَّ يده ليست يدَ خصومةٍ.

قيدنا بدعوى ملك؛ لأنه لو ادَّعى عليه الفعل، بأن قال: غصبته منِّي أو سرقته؛ لا تندفع⁴ الخصومةُ وإن أقام ذو اليد البينة على الوديعة.

فإن قيل: ذو اليد خصمٌ ظاهرًا، ودفع الخصومة عن نفسه تابعٌ لثبوت الملك للغائب، وهذه البينة لم يثبتها، فكيف يثبت التابع بلا ثبوت الأصل؟

قلنا: هذه البينة تقتضي أمرين: أحدهما: الملك للغائب، وهو ليس بخصمٍ فيه؛ إذ لا ولاية له في إدخال شيءٍ في ملك غيره بلا رضاه، وثانيهما: دفع الخصومة عنه، وهو خصمٌ فيه، فكانت مقبولةً، كمن وكلَّ وكيلًا ينقل أمته، فأقامت البينة أنَّه أعتقها؛ يُقبلُ في قصر⁵ يد الوكيل عنها، ولا يُقبلُ في وقوع العتاق ما لم يحضر الغائب.

(وإن قال شهوده: لا نعرف من أودعه؛ لم تندفع⁶) الخصومة عن ذي اليد؛ لاحتمال أن يكون المودع هو المُدَّعي.

قيد بقوله: «من أودعه» ليدخل فيه المؤجر والراهن والمعيِّر؛ لأنَّ اليد في الكلِّ يدٌ وديعةٌ.

¹ د - لها.

² د: وبالباقي.

³ د: أثبت.

⁴ ح: يندفع.

⁵ د: يقبل وقصر.

⁶ ح: يندفع.

(أو نعرفه بوجهه) يعني: لو قال شهودُ ذي اليد: نعرفُ المودعَ بوجهه لو رأيناه، (دون نسبه؛ فهي) أي: الخصومةُ (مندفعةٌ) عند أبي حنيفة؛ لأن القضاء لا يقع على الغائب ليشترط العلمُ باسمه ونسبه، وإنما يقضى على المدعي بالدفع عن ذي اليد، وهما معلومان، وهو أثبت بيئته أنه ليس بخصم لهذا المدعي. (ويخالفه) أي: قال أبو يوسف: لا يندفع الخصومةُ (إن كان معروفًا بالحيلة) لأنه قد يأخذ مالَ إنسانٍ غصباً، ثم يدفع في السرِّ إلى من يريد السفرَ حتى يودعه عند الشَّاهدين، فإذا طلب المالكُ يقيمُ ذو اليد البيئَةَ على أنَّ فلاناً أودعه، فتندفعُ¹ الخصومةُ، فيبطلُ حقه، وأما إذا كان صالحاً غيرَ معروفٍ بالحيل؛ تندفعُ² الخصومةُ. (لا مطلقاً) أي: قال محمدٌ: لا يندفع الخصومةُ معروفًا كان بالحيلة أو لا، وإنما يندفع إذا عرف الشَّهودُ ذلك الرجلَ باسمه ونسبه؛ لأن الخصومةُ توجَّهت على ذي اليد بظاهر يده، فلا تندفعُ³ إلا بالحوالة على رجلٍ يمكن اتِّباعه، والمعرفةُ بالوجه لا يكون معرفةً، حتى من حلف لا يعرف وهو يعرفه بوجهه دون اسمه ونسبه لا يحنثُ، فصار هذا بمنزلة قول الشهود: لا نعرفه أصلاً.

فهذه المسألةُ محسَّنة؛ لأن لخمسةٍ من العلماء فيه أقوالاً: ثلاثةٌ منها مذكورةٌ في الكتاب، والرابعةُ: إنَّ عند ابن أبي ليلى تندفعُ⁴ الخصومةُ وإن لم يُقيم البيئَةَ على الوديعة؛ لأنه ثبت ما أقرَّ به بمجرد إقراره أنَّ يده يُد حفظ. والخامسةُ: إنَّ عند ابن شُبْرمة: أنَّها لا يندفع وإن أقام البيئَةَ؛ لأنَّها إنما يندفع عنه بعد إثبات الملك لغيره، وهو لا يقدرُ عليه؛ لأنه لا ولايةٌ لأحدٍ على غيره في إدخال شيءٍ في ملكه بغير رضاه.

(وإن قال: ابتعته منه) أي: من الغائب (كان خصماً) لأنه اعترف بأنَّ يده يدُ ملكٍ.

(أو ابتعته من فلانٍ) أي: إذا قال المدعي: هذا الشيءُ اشتريته من فلانٍ، (وقال ذو اليد: أودعني) فلانٌ؛ (اندفعت) الخصومةُ (بغير بيئَةٍ) لأنَّهما اتَّفقا على أنَّ أصلَ الملك في المدعي لغيرهما، فلا يكون ذو اليد خصماً، إلا أن يقيم المدعي البيئَةَ أنَّ فلاناً وكله بقبضه؛ لأنه أثبت بالبيئَةَ أنه أحقُّ بالإمسك منه.

هذا إذا قال: أودعني فلاناً، وأما لو قال: أودعني وكيلُ فلانٍ؛ فلا يندفعُ إلا ببيئَةٍ؛ لأن المدعي ينكُرُ وصولَ شيءٍ⁵ إليه من جهة وكيله، وذو اليد ينكُرُ وصوله إليه من جهةٍ من اشترى هو منه.

(أو سُرق مني) أي: إذا قال المدعي: سُرقَ هذا الشيءُ مني⁶، (وقال ذو اليد: أودعني فلاناً، وأقام بيئَةَ؛ كان خصماً، وحكم بسقوطها) أي: حكم محمدٌ بسقوط الخصومة عن ذي اليد، وهو القياسُ. وقال: لا يسقطُ.

له: إنَّه لم يدع عليه السرقةَ، بل ادَّعاه على المجهول، فلا يُعتبرُ، فيبقى⁷ دعوى الملك، وهو ليس بخصمٍ فيه.

ولهما: إنَّ هذا بمنزلة دعوى السرقة على ذي اليد؛ لأن الفعلَ يستدعي فاعلاً، والظاهرُ أنَّه ذو اليد، لكن لم يعيَّنه دفعاً للحديث عنه، ولهذا لو قال: غصب مني تندفعُ⁸ الخصومةُ؛⁹ لأنه لا حدَّ فيه.

(أو أنَّ العينَ التي في يده) يعني: إذا ادَّعى على آخرٍ أنَّ هذا الشيءَ الذي في يدك (كانت في يدي أمس، وبرهن؛ يأمر) أبو يوسف (بتسليمها إليه) وقال: لا يؤمر به.

له: إنَّ اليدَ مقصودٌ كالمملك، فيقبلُ البيئَةَ عليه، كما لو أقرَّ ذو اليد أنَّها كانت في يده أمس.

ولهما: إنَّ الشهادةَ قامت على المجهول؛ لأن اليدَ متَّوَّعةٌ إلى يد ملكٍ وعاريةٍ وغصبٍ، وأحكامها مختلفةٌ، والشهادةُ على المجهول لا يصحُّ، بخلاف إقرار المدعي عليه باليد؛ لأن الإقرارَ بالمجهول صحيحٌ.

(فصل) فيما يدَّعيه الرجلان

1 ح: فيندفع.

2 ح: يندفع.

3 ح: يندفع.

4 ح: يندفع.

5 د: الشيء.

6 ح - مني.

7 د: فقي.

8 ح: يندفع.

9 ح - الخصومة.

(وإذا تنازعا عيناً في يد ثالث) مثلاً: إذا ادّعى كلٌّ منهما أن الدار التي في يد فلانٍ كلّها ملكه، وأنكر ذو اليد، (وبرهاناً؛ فُضِي بها بينهما) أي: بالعين بين المدّعين¹ نصفين، (ولا نُقرُّ) أي: قال الشافعي: يقرُّ القاضي بينهما؛ لأن القرعة لتعيين المستحقّ أصلٌ في الشرع كما في القسمة.

ولنا: إنَّ العينَ قابلةٌ للاشتراك، ولم يَجْزُ ترجيحُ إحدى البيئتين، فيقضى بينهما نصفين، والقرعة لتعيين الاستحقاق يكون قماراً، وهو حرامٌ، وإنما يقرُّ في القسمة لنفي التهمة لا للاستحقاق، ولهذا جاز للقاضي التعيين بغير قرعة. (ولم يَرَجِّحوا بالعدالة) يعني: قال مالكٌ: يَرَجِّحُ عدلُ البيئتين، فيقضى بها؛ لأن الشهادة تصير² حجةً بالعدالة، فيكون الأعدل أقوى.

ولنا: إنَّ المقصودَ - وهو الامتناعُ عن الكذب - حصل بكلِّ³ منهما، فلا يَرَجِّحُ بالأعدلية إحداهما. (ولا ترجيحُ بكثرة الحجج) يعني: إذا أقام أحدُ المتنازعين شاهدين، والآخِرُ أربعةَ شهودٍ؛ فهما سواءٌ؛ لأن التَّرجيحُ إنَّما يكون بقوَّةِ الدليل، لا بكثرة كما عرف في الأصول.

(ونقدّم بينة الخارج على ذي اليد في الملك المطلق) يعني: إذا تنازعا في ملكٍ مطلقٍ، وأقام الخارجُ وذو اليد بينةً على الملك المطلق؛ فبينةُ الخارجِ أولى عندنا، وبينةُ ذي اليد عند الشافعي.

قيد بالملك المطلق؛ إذ لو كان دعواهما النتاج يُقضى لذي اليد اتِّفاقاً. من «الحقائق».

له: إنَّ بينةَ ذي اليد تنقو⁴ باليد، وكان أولى بالقبول كما في النتاج.

ولنا: إنَّ بينةَ الخارج يثبتُ الملكَ من كلِّ وجهٍ، وبينةُ ذي اليد يثبت من وجهٍ؛ لأن الملك ثابتٌ له من وجهٍ باليد، والبيئاتُ ترجَّحُ بكثرة الإثبات، بخلاف النتاج؛ لأن اليد لا يدلُّ عليه، فأمكن الترجيحُ بها.

(ولو ادّعى أحدُ ثلاثةٍ في يدهم دارٌ كلّها) مفعولٌ «ادّعى». (والآخِرُ ثلثيها، والآخِرُ نصفُها، وبرهاناً) أي: أقام كلٌّ منهم برهاناً على ما ادّعه، فلينفرض⁵ اسمُ مدّعي الكلِّ كاملاً، ومدّعي الثلثين: ليثاً، ومدّعي النصف: نصرًا، (فهي مقسومة) عند أبي حنيفة (بالمنازعة أربعةً وعشرين) مفعولٌ ثانٍ لـ«مقسومة». (للاؤل) أي: للكامل (خمسة عشر) وهي خمسة أثمان الدار.

ببائنه: إنَّا نجعلُ الدارَ ستَّةً؛ لاحتياجنا إلى النصف والثلثين، وأقلُّ مخرجه ستَّةً، في يد كلِّ منهما سهمان، ومعلومٌ أنَّ بينة كلِّ منهما على ما في يده غيرُ مقبولة؛ لكونه ذا اليد، وأنَّ بينةَ الخارجِ أولى في الملك المطلق، فاجتمع الكاملُ والليثُ على ما في يد النصر، فالكاملُ يدّعي كلَّهُ، والليثُ نصفه؛ لأنه يقول: حقي في الثلثين: ثلثٌ في يدي، وبقي لي ثلثُ آخرٍ نصفه في يد الكامل، ونصفه في يد النصر، وسلمَ للكامل نصفُ ما في يده بلا نزاعٍ، والنصفُ الآخرُ - وهو سهمٌ - بينهما نصفان، فبُضِرْبُ مخرَجِ النصف - وهو اثنان - في ستَّةٍ، فصار اثني عشر، ثمَّ الكاملُ والنصرُ اجتماعاً على ما في يد الليث، وهي أربعةٌ، فالكاملُ يدّعي كلَّهُ والنصرُ رُبْعَهُ؛ لأنه يقول: حقي في النصف ستَّةً، وقد أخذت الثلثَ أربعةً، وبقي لي سدسٌ من الدار، وهو سهمان: سهمٌ في يد الليث، وسهمٌ⁶ في يد الكامل، وثلاثةٌ⁷ من الأربعة سلّمت للكامل، وتنازعا في سهمٍ، وضرِبَ مخرَجُ النصف في اثني عشر، فصار الدارُ أربعةً وعشرين، في يد كلِّ منهما ثمانية، ثمَّ اجتمع الكاملُ والليثُ على الثمانية التي في يد النصر، فأربعةٌ سلّمت للكامل بلا نزاعٍ؛ لأن الليثَ يدّعي الثلثين، وهو ستَّة عشر: ثمانية في يده، وأربعة في يد النصر، وأربعة في يد الكامل، والأربعة بين الكامل والليث نصفان؛ لاستوائهما في المنازعة، فحصل للكامل ستَّةٌ وثلثان سهمان، ثمَّ اجتمع الكاملُ والنصرُ فيما في يد الليث، فالنصرُ يدّعي ربع ما في يده، وهو سهمان، فسلّمت ستَّةٌ للكامل، واستوتت منازعتهما في سهمين، فصار لكلٍّ واحدٍ منهما سهمٌ، فحصل للكامل سبعةً وللنصر سهمٌ، ثمَّ اجتمع الليثُ والنصرُ على ما في يد الكامل، فالليثُ يدّعي نصف ما في يده أربعةً، والنصرُ يدّعي ربع ما في يده سهمين، وفي المال سعةً، فيأخذ الليثُ أربعةً، والنصرُ سهمين، فبقي في يد الكامل سهمان، فحصل للكامل مما في يد النصر ستَّةً، ومما في يد الليث سبعةً، ومما في يده سهمان، فجميعه خمسة عشر.

1 د: المدعين.

2 ح: يصير.

3 د: لكل.

4 ح: يتقوى.

5 د: فلنفرض.

6 د - في يد الليث وسهم.

7 د: فثلاثة.

(وللثاني ستة) وهي ربع الدار، يعني: حصل لليث مما في يد النصر سهمان، ومما في يد الكامل أربعة، وذا ستة.
(وللثالث ثلاثة) وهي ثمن الدار، يعني: حصل للنصر مما في يد الليث سهم، ومما في يد الكامل سهمان، وذا ثلاثة.
وبالاختصار: يكون من ثمانية: خمسة أثمانها للكامل، وربعه سهمان لليث، وثمانه سهم للنصر؛ لأن بين الأنصباة موافقة بالثلث،
فيأخذ كل واحد ثلث ما حصل له.

(وقالا بالعول مائة وثمانين) بالنصب مفعول ثانٍ لـ«مقسومة». بيانه: إن الدار بينهم أثلاث، فالكامل والليث اجتماعاً على ما
في يد النصر، فالكامل يدعي كله، والليث نصفه، فيأخذ أقل عدد له نصف، وذا اثنان، فيضرب الكامل بكله سهمين، والليث بنصفه،
فعالت ما في يد النصر إلى ثلاثة، ثم الكامل والنصر اجتماعاً على ما في يد الليث، فالكامل يدعي كله، والنصر يدعي ربعه، ومخرج الربع
أربعة، فيضرب هذا بربعه وذا بكله أربعة، فعالت ما في يد الليث إلى خمسة، ثم الليث والنصر اجتماعاً على ما في يد الكامل، فالليث
يدعي نصف ما يده، والنصر يدعي ربعه، والنصف والربع يخرجان من أربعة، فيجعل ما في يده أربعة، وفي المال سعة، فنصفه سهمان
لليث، وربعه سهم للنصر، وبقي الربع للكامل، فحصل هنا ثلاثة وخمسة وأربعة، وانكسر حساب الدار على هذا، فوجدناها متباينة،
فضربنا الثلاثة في الأربعة، وصار اثني عشر، ثم ضربنا اثني عشر في خمسة، فصار ستين، ثم ضربناها في أصل المسألة، وهي ثلاثة،
وصار مائة وثمانين، في يد كل واحد منهم ستون، (فالأول¹) أي: للكامل (مائة وثلاثة) لأن ربع ما في يده - وهو خمسة عشر - سلم
له، وأخذ من النصر ثلثي ما في يده، وهو أربعون، ومن الليث أربعة أخماسه، وهي ثمانية وأربعون، فصار المجموع مائة وثلاثة. (وللثاني
خمسون) لأن الليث أخذ نصف ما في يد الكامل، وهو ثلاثون، وثلث ما في يد النصر، وهو عشرون. (وللثالث سبعة وعشرون) لأن
النصر أخذ خمس ما في يد الليث، وهو اثنا عشر، وربع ما في يد الكامل، وهو خمسة عشر.

لهما: إن الصحابة أجمعوا على القسمة بطريق العول في الميراث وقضاء ديون على الميت إذا لم تفر تركته، ومسألنا شبيهة
بذلك في كون الحقوق متعلقة بالمال المتضايق عنها.

وله: إن القسمة بطريق المنازعة هي الأصل، فلا يعدل عنها إلا فيما انعقد الإجماع عليه، ومسألنا ليست بشبيهة بحقوق
الغرماء؛ لأنها ثابتة في الذمة، ولا تضايق فيها، وحقوق أصحاب الفروض لكانت ثابتة على الشئوع، ولم يوجد دعوى واحد منهم على
شيء معين؛ صارت في معنى الثابت في الذمة، وفي مسألنا يدعي أحدهم كل الدار، وهو شيء معين، فمع ثبوت حقه فيها مستحيل
أن يثبت حق الآخر، فيقسم بالمنازعة.

(ولو كانت) الدار (في يد غيرهم) أي: غير المتنازعين فيها، فقال أحدهم: اشتريتها كلها بألف درهم، وقال آخر: اشتريت
نصفها بخمس مائة، وقال ثالث: اشتريتها بثلثها بست مائة، وأقاموا البينة على ذلك، فيقضى بها لهم، (فهي مقسومة على اثني عشر) عند
أبي حنيفة. بيانه: إننا نحتاج إلى حساب له ثلثان ونصف، وأقله ستة، فالليث يدعي أربعة، والنصر ثلاثة، ولا منازعة لهما في سهمين،
فهما للكامل، فخلا سهم عن دعوى النصر، وتنازع الكامل والليث فيه، فضربنا مخرج النصف في ستة، فصار اثني عشر، (لأول سبعة)
لأن الليث لا يدعي أكثر من ثمانية، والنصر لا يدعي أكثر من ستة، فسلم للكامل أربعة، وتنازع الكامل والليث في سهمين، لكلٍ منهم
سهم، وبقيت ستة استوت منازعتهم فيها، فلكلٍ منهم سهمان، فإذا أصاب للكامل سبعة مرة أربعة ومرة سهمان ومرة سهم، وهي من اثني
عشر نصف ونصف سلس، فعليه من الألف الذي هو الثمن بقدر ما أصاب خمسمائة وثلاثة وثمانون وثلث درهم. (وللثاني ثلاثة) أي:
لليث ثلاثة من اثني عشر؛ لأنه أصاب له مرة سهم ومرة سهمان، وذلك سلس ونصف سلس، فعليه من الألف مائتان وخمسون؛ لأنه
لما ادعى شري الثلثين بست مائة؛ فقد ادعى بإزاء الجميع تسعمائة، وقد حصل له ربع². (وللثالث سهمان) وهو سلس من اثني عشر،
فعليه من الألف مائة وستة وستون وثلثان.

(وقالا: ثلاثة عشر) يعني: الدار مقسومة عندهما بطريق العول على ثلاثة عشر؛ لأن مدعى الكامل كل الدار، وهي ستة،
ومدعى الليث الثلثان، وهي أربعة، ومدعى النصر النصف، وهو ثلاثة، فإذا اجتمع يكون ثلاثة عشر، (ستة وأربعة وثلاثة) يعني: للكامل
ستة، ولليث أربعة، وللنصر ثلاثة، فيكون على كل واحد من الثمن بقدره. وبيانه: أن تقسم الألف على ثلاثة عشر، فيخرج من القسمة
ستة وسبعون واثنا عشر جزءاً من درهم، فيكون على الكامل من الألف أربع مائة وأحد وستون وسبعة أجزاء من ثلاثة عشر جزءاً من درهم،

¹ د: للأول.

² د - لأنه لما ادعى شري...

وعلى النصر نصفه، وذلك¹ مائتان وثلاثون وعشرة أجزاء من ثلاثة عشر جزءاً من درهم، وأمّا بيان ما على الليث؛ فيقسمُ تسعمائةً على ثلاثة عشر؛ لأنه لما ادّعى شري الثلثين بستمائة؛ فقد ادّعى بإزاء الجميع تسعمائة، فخرج² من القسمة تسعة وستون وثلاثة أجزاء من ثلاثة عشر جزءاً من درهم، فعلى ذلك يكون على الليث مائتان وستة وتسعون واثنا عشر جزءاً من ثلاثة عشر جزءاً من درهم.

(أو أحد اثنين) يعني: إذا ادّعى خارجان، فأقام أحدهما البينة (على شراء كليهما، والآخر على نصفها؛ فله) أي: للكامل (ثلاثة الأرباع، وللآخر الآخر) أي: للنصر الربع من الدار عند أبي حنيفة بطريق المنازعة؛ لأن النصر لا ينازع الكامل في نصفها، فسليم له، فاستوت منازعتهما في النصف الآخر، فيتصّف بينهما، فحصل للكامل ثلاثة أرباعها، وللنصر ربعها، والمجموع أربعة. (وقالا: أثلاثاً) يعني: قالا: يُقسم الدار بينهما أثلاثاً بطريق العول؛ لأن الدار جعلت سهمين؛ لإدعاء النصر نصفها، والكامل يدعي كليهما، فله سهمان، وله سهم، فيعول إلى ثلاثة.

(ولو كانت) أي: الدار في المسألة السابقة (في يدهما؛ سلّم للأول نصفها بقضاء) لأن الكامل خارج في النصف الذي في يد النصر، فيقبل بيئته، (ونصفها بغيره) أي: بغير قضاء؛ لأن النصر لا يدعيه.

(أو كل منهما) أي: إن ادّعى كل من الخارجين (أن زيداً باع ملكه من صاحبه) أي: من المدعي الآخر، (والثمن مختلف) مثلاً: إذا كان دار في يد زيد، فادّعى عمرو أنها ملكه باعها زيد من بكر بمائة دينار، وادّعى بكر أنها ملكه باعها من عمرو بألف درهم، (وبرهنا؛ يقضي بها) أي: أبو يوسف بالدار (بينهما ملكاً) بغير بيع ولا شيء من الثمن؛ لأن البيتين على البيع تعارضتا، فسقطتا، فبقي دعوى الملك المطلق، فقبلنا فيه. (وحكم به) أي: محمداً بملك الدار، (وببيع كل منهما) أي: من المدعين (نصفها بنصفه) أي: نصف الدار بنصف الثمن؛ لأن العمل بالبيئات واجب مع الإمكان، وهنا ممكن بهذا الوجه، فلا يتهاوران.

(أو اثنان) أي: إذا ادّعى اثنان (نكاح امرأة) وأقام كل منهما بيئته على أنها تزوجته³، (لم يُفَضَّ بواحدة من البيتين) لأن النكاح لا يقبل الاشتراك، (ويُرجع إلى تصديقها) يعني: يكون هي زوجة لمن صدّقته منهما؛ لأن النكاح مما يحكم بتصادق الزوجين، وكذا إذا أقرت بأن نكاح أحدهما أسبق، إلا إذا كانت في بيت أحدهما، أو دخل بها أحدهما، فيكون هو أولى، ولا يُعتبر قولها؛ لأنه دليل على سبق عقده، إلا أن يقيم الآخر البينة أنه تزوجها قبله، فيكون هو أولى؛ لأن التصريح يفوق الدلالة.

(أو كل منهما) أي: إذا ادّعى كل من الخارجين (أنه اشترى هذا العبد من آخر) أي: من ذي اليد بلا تاريخ، (وبرهنا؛ يخير كل منهما) لأن عقده كان على كليهما، فتغيّر إلى النصف، فيتخيّر، (فإن شاء أخذ نصفه) أي: نصف العبد (بنصف الثمن، وإلا ترك، فإن قضى به بينهما) أي: حكم القاضي بالعبد بين المدعين، (فقال أحدهما: لا أختار) الشراء، بل أختار الفسخ، (لم يأخذ الآخر جميعه) لأن البيع انفسخ في نصفه⁴ بيئته صاحبه، فلا يكون له أخذه بعد الانفساخ، وأمّا قبل القضاء؛ فله أن يأخذ جميعه؛ لأنه أثبت بيئته أنه اشترى الكل، ولم يقع المزاحمة بالقضاء، كما أنّ أحد الشفيعين إذا سلّم قبل القضاء؛ فلآخر أن يأخذ كل المبيع، وإن سلّم بعده؛ فليس له أن يأخذ إلا النصف؛ لأن الانقسام إنّما يصير للمزاحمة بضرورة القضاء بينهما.

(فإن وقت أحدهما) أي: إن ذكر أحد المدعين وقتاً وتاريخاً (قدّم) صاحب التاريخ، (أو وقتاً) أي: ذكر كل وقتاً (قدّم الأسبق) تاريخاً؛ لأنه أثبت الملك لنفسه في زمانٍ خالٍ عن المنازعة، ثم لا يُقضى بعده لغيره، إلا إذا تلقى الملك منه.

(أو أهمل) أي: إن لم يذكر تاريخاً (ومع أحدهما قبض) أي: والحال أنّ العين في يد أحدهما (قدّم) لأن تمكّنه من قبضه دليل على سبق شرائه، لا على الغصب حملاً على الصّلاح.

(أو أحدهما) أي: إن ادّعى أحدهما (شراء، والآخر هبة، وقبضا) كلاهما من شخصٍ معين، وأقاما البينة، ولا تاريخ معهما، (قدّم الشراء) لكونه أقوى؛ لأنه معاوضة من الجانبين، ومثبت للملك بنفسه.

(أو أحدهما شراء) أي: إذا ادّعى أحدهما شراء عينٍ من رجل، (وامرأة أنه مهرها) أي: ادّعت امرأة ذلك الرجل أنه تزوّجها على ذلك العين، (وبرهنا؛ يحكم به بينهما) أي: قال أبو يوسف: يقضى به بينهما؛ لأن سبب كل منهما عقدٌ معاوضة، ومثبت للملك بنفسه، فيتصّف بينهما؛ لاستوائهما في السبب.

1: د: فذلك.

2: د: فيخرج.

3: د: زوجته.

4: د: نصف.

فإن قلت: الشراء أقوى؛ لأنَّ فيه مبادلة مالٍ بمالٍ.

قلنا: النكاح أقوى بوجهٍ آخر، وهو أنَّه لا يبطل بالهلاك قبل التَّسليم، بخلاف الشِّراء، وأنَّ تصرُّفها في المهر جائزٌ قبل القبض، بخلاف المشتري.

(ولها بنصف القيمة) أي: يحكم أبو يوسف للمرأة بنصف قيمة العين على الرُّوج تميمًا للمهر؛ لأنَّ المستحقَّ ظَهَرَ في نصفه، ويرجع المشتري عليه بنصف الثَّمَن إن كان نَقَدَه.

(وقَدَم) أي: محمَّد (الشراء) وجعل العينَ للمشتري، **(وحكم لها بكمالها)** أي: محمَّد للمرأة بكمال قيمة العين؛ لأنَّهما لو اشتركا في المُدَعَى يبطل نصفٌ حقِّ كلِّ منهما، وإذا قُدِّم الشراء يكون الكلُّ للمشتري، ثُمَّ يصيرُ الرجلُ متزوِّجًا للمرأة على عين الغير، فيصحُّ التسميةُ، فتجب قيمته، وهذا أوَّلِي؛ لأنَّ فيه عملاً بالحجَّتَيْن.

(أو رهنًا وقبضًا) يعني: إذا ادَّعى أحدهما رهنَ عينٍ وقبضه من ذي اليد، **(والآخر)** أي: ادَّعى الآخرُ منه **(هبةً وقبضًا، وبرهنًا)** ولم يكن مع أحدهما تاريخٌ؛ **(قُدِّم الرهن)** استحسانًا، وكان القياسُ أن يكون الهبةُ أوَّلِي؛ لأنَّها يُبْتِثُ الملك، والرهنُ لا يُبْتِثُه، والبيئةُ المثبتةُ للزيادة أوَّلِي.

وجهُ الاستحسان: إنَّ الرهنَ مضمونٌ، والهبةُ أمانةٌ عند ذي اليد، فالمضمونُ أقوى، فيكون أوَّلِي.

هذا إذا لم تكن الهبةُ مشروطةً بعوضٍ، وإن كانت؛ فالهبةُ أوَّلِي؛ لأنَّها في معنى البيع انتهاءً.

(وإن برهن الخارجان على الملك) أي: على الملك¹ المطلق، **(والتاريخ قُدِّم أسبُهما)** أي: أسبقُ التاريخين.

(وإن ادَّعى الشراء من واحدٍ) يعني: لا من اثنين. قال صاحبُ «الهداية»: معنى قول القدوري: من واحدٍ: من غير صاحب اليد. وفيه تأمُّلٌ، ولا حاجةٌ إليه؛ إذ الحكمُ كذلك لو كان الواحدُ صاحبَ اليد.

(وأقاما البيئة على تاريخين؛ قُدِّم أسبُهما) لأنَّه أثبتَه في وقتٍ لا منازعَ له فيه.

(أو كلُّ منهما على الشراء من آخر) يعني: لو أقام كلُّ منهما بيئةً على الشراء من رجلٍ غير الذي يدَّعي صاحبه الشراء منه، **(وذكرنا تاريخًا)** سواءً كان تاريخُ أحدهما أقدمَ أو لم يكن **(كانا سواءً)** لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما يُبْتِثُ الملكَ المطلقَ لبائعِهِ، فصار كما إذا حضر البائعان، وادَّعى الملكُ من غير تاريخٍ، وكذا لو ذكر أحدهما دون الآخر؛ لأنَّه لا يترجَّحُ أحدهما بالتقدُّم، فكيف يترجَّحُ أحدهما بالاحتمال؟

قَيَّد بقوله: «من آخر»؛ لأنَّ المملِّك لهما لو كان واحدًا؛ فالتاريخُ الأقدمُ أوَّلِي.

وفي «الذخيرة»: لو قال المُدَعَى: هذا الحمارُ غاب عني منذ شهرٍ، وأقام المُدَعَى عليه بيئةً على أنَّ هذا الحمارُ ملكي، وفي يدي منذ سنةٍ؛ يقضى للمُدَعَى، ولا يُلْتَفَتُ إلى بيئَةِ المُدَعَى عليه؛ لأنَّ تاريخَ المُدَعَى تاريخُ غيبةِ الحمارِ عن يده، لا تاريخُ ملكه، فكان² دعواه في مطلق الملك خاليةً عن التاريخ، وتاريخُ ذي اليد غيرُ معتبرٍ حالة الانفرد، فكان دعوى صاحب اليد دعوى مطلق الملك كدعوى الخارج، فيقضى ببيئَةِ الخارج.

(أو الخارج) أي: لو أقام الخارجُ البيئَةَ **(على ملكٍ مؤرَّخ)** أي: مذكور فيه تاريخٌ، **(وذو اليد)** أي: لو أقام صاحبُ اليد بيئَةً **(على ملكٍ أقدم)** من تاريخ الخارج؛ **(كان أوَّلِي)** لأنه أسبقُ.

قَيَّد بالتاريخ ويقولُه «أقدم»؛ لأنَّهما لو لم يؤرِّخا، أو ورَّخ أحدهما، أو استوى تاريخهما؛ كان الخارجُ أوَّلِي؛ لأنَّ بيئته يثبتُ غير الظاهر، والبيئاتُ للإثبات.

(أو كلُّ منهما) أي: لو أقام كلُّ من الخارج وذي اليد بيئَةً **(على النتاج؛ قُدِّم ذو اليد)** لما روي أنَّه صلى الله عليه وسلم قضى لذي اليد دون الخارج بعد إقامتهما البيئَةَ على النتاج³.

هذا إذا لم يدَّعِ الخارجُ الفعلَ على ذي اليد كالغصب والإجارة والعارية، وإن ادَّعى يكون بيئَةُ الخارج أوَّلِي وإن ادَّعى ذو اليد النتاج؛ لأنَّ بيئَةَ الخارج في هذه الصور أكثرُ إثباتًا؛ لأنَّها تثبتُ الفعلَ على ذي اليد.

¹ ح: ملك.

² ح: وكان.

³ سنن الدارقطني، 373/5؛ السنن الصغرى للبيهقي، 238/9؛ تبين الحقائق للزيلعي، 320/4.

(أو أحدهما) أي: لو أقام أحد المدعين بينة (على الملك، والآخر) أي: لو¹ أقام الآخر بينة (على النتاج؛ فقدم هذا) أي: صاحب النتاج، سواء كان خارجًا أو ذا اليد؛ لأنه يُثبت أولية الملك، وبعده لا يملكه غيره إلا بالتلقي من جهته، ولو قضى بالنتاج لذي اليد، ثم أقام ثالث البينة على النتاج؛ يقضى له، إلا أن يعيدها ذو اليد؛ لأنَّ الثالث لم يصِرْ مقضيًا عليه بالقضاء للأول، فساغت له الدَّعوى.

(أو على نسج لا يُعاد) يعني: إذا أقام أحدهما بينة على الملك، وقال الآخر: نسج هذا الثوب في ملكي، وكان المنسوج من غزل الكتان أو القطن، (أو سبب في الملك لا يتكرَّر) كما إذا قال: حلب هذا اللبن في ملكي (فقدم) بينته؛ لأنه يكون في حكم النتاج. هذا إذا قيّد بقوله: «في ملكي»؛ إذ لو لم يقيد، وقال: نسج عندي؛ كان الخارج أولى؛ لأنَّ الإنسان قد ينسج غزل غيره. قيّد النسج بقوله: «لا يعاد²»، والسبب بقوله: «لا يتكرَّر»؛ لأنه لو ادَّعى نسجًا يعاد كالخز، فإنه إذا بلَّ ينقض ويغزل مرةً أخرى، ثمَّ ينسج، أو ادَّعى سببًا يتكرَّر كالبناء والغرس؛ تُقدِّم بينة الخارج؛ لأنه لا يكون كالنتاج؛ لاحتمال أن ينسج أحدهما، ثمَّ غضبه الآخر، ونقضه، ثمَّ نسجه، فيكون بمنزلة دعوى الملك المطلق، ففيها بينة الخارج أولى. وكذا الحكم في البناء والغرس. وإن أشكل عليهم ذلك؛ فُضِيَ به للخارج؛ لأنه هو الأصل.

وفي «الكافي»: لو أقام أحد بينة أن هذه أرضه ونخيلُه، وغرس هذا النخل فيها، وأقام ذو اليد كذلك؛ قضى بها للخارج؛ لأن أصل المنازعة في ملك الأرض، فالنخل تابع لها حتى يدخل في بيع الأرض بلا ذكر.

(أو كلُّ منهما على النتاج عنده) كما إذا قال كلُّ منهما: نتجت هذه الدابة في ملكي، وأقام به بينة، (ووقتًا، وسنُّ الدابة يوافق أحد الوقتين؛ حكم به) أي: بملك من وافق سنُّها تاريخه بشهادة الحال. (فإن أشكل) أي: لم يظهر سنُّ الدابة (كانت بينهما) لاستوائهما، (أو خالفهما) أي: إن لم يوافق سنُّهما الوقتين (بطلتا) أي: بطلت البيتان، وبُترِك في يد ذي اليد. كذا في «الإيضاح». وذكر في «المبسوط»: من مشايخنا من أجاب بهذا، والأصح ما قاله محمد، وهو أن يكون الدابة بينهما؛ لأنه لَمَّا سقط اعتبارُ ذكر الوقت يُنظرُ إلى مقصودهما، وهو إثبات الملك في الدابة، وقد استويا في ذلك، فوجب القضاءُ بها بينهما نصفين. كذا في «الكفاية».

(أو الخارج) أي: لو أقام الخارج بينة (على الملك المطلق، وذو اليد على الشراء منه) أي: من الخارج، (فقدم الشراء) لأنَّ بينته يثبت أنَّ الملك انتقل إليه من الخارج، فلا ينافي بينهما.

(أو كلُّ منهما على الشراء من صاحبه) أي: إذا أقام الخارج بينة أنه اشترى من ذي اليد الدار التي في يده، وأقام ذو اليد بينة أنه اشتراها من الخارج، (ولم يوقتًا؛ تهاوتتا) أي: بطلت البيتان، سواء شهدوا بالقبض أو لم يشهدوا، وتُرك الدار في يد ذي اليد؛ لأنَّ جعل كلِّ منهما مشتريًا وبائعًا في ساعة واحدة محال، ولا دلالة على السبق، ولا رجحان لأحدهما، فتهاوتتا. (ورجح) محمد (ذا اليد إن برهننا على القبض) لأن العمل بالبينة واجب مهما أمكن، وهنا يمكن بأن باعها ذو اليد، وسلَّمها إلى الخارج، ثمَّ باعها، وسلَّمها إليه. (والأ؛ فالخارج) أي: إن لم يقيما البينة على القبض؛ يرجح محمد الخارج؛ لأنَّ يد ذي اليد دليل على سبقه، فيجعل ذو اليد مشتريًا لها من الخارج أولًا، ثمَّ باعها من الخارج، فيؤمر بتسليمها إليه، ولا ينعكس؛ لأن شري الخارج لو جعل أولًا لم يصح بيعه؛ لأن البيع قبل القبض لا يصح وإن كان في العقار عنده.

(وإن ادَّعيا عينًا في يد آخر ميراثًا) أي: ادَّعى كلُّ منهما أنه ورثه من أبيه، (أو ملكًا مطلقًا) وهو قيّد للملك، (وأرخا؛ فهو لأسبقهما) عند أبي حنيفة.

وقيد بقوله: «وأرخا»؛ لأنَّهما لو لم يؤرخا، أو أرخا تاريخًا واحدًا؛ فهو بينهما نصفان اتِّفاقًا.

(وتاريخ أحدهما ملغى) يعني: لو أرخ أحدهما دون الآخر؛ فلا عبرة به عند أبي حنيفة، بل يقضى بينهما نصفين؛ لاحتمال أن يكون تاريخ الآخر مقدمًا أو مؤخرًا منه لو أرخ، فجعل مقررًا له رعاية للاحتمالين.

(ويحكم له به) أي: يحكم أبو يوسف لمن أرخ بالملك، سواء كان في أيديهما أو في يد أحدهما أو في يد غيرهما؛ لأن المؤرخ يثبت الملك في ذلك الوقت يقينًا، وثبوت الملك لغير المؤرخ في ذلك الوقت مشكوك، فلا يعارضه. (في قوله الآخر) قيّد به؛

1 د - لو.

2 د: يعود.

لأن أبا يوسف كان يقول: لا عبرة للتاريخ، سواء أَرخَا أو أَرخَ أحدهما، ثُمَّ رجع عنه، ووافق الإمام فيما إذا أَرخَا، وخالفه¹ فيما إذا أَرخَ أحدهما.

(والغنى) محمدٌ (التاريخ في الإرث مطلقاً) أي: سواء أَرخَا أو أَرخَ أحدهما، وجعلها بينهما نصفين وإن سَبَقَ تاريخُ أحدهما؛ لأنَّهُما لم يدعيا الملكَ لأنفسهما ابتداءً، بل لمورثَيْهما، ولا تاريخَ لملك المورثين قضاءً. (وحكم) محمدٌ (لأسبقهما في الملك) أي: في دعوى الملك المطلق إن أَرخَا، (وللساكت عنه) إن أَرخَ أحدهما، فإن كانت العين المدعى بها في يد ثالث؛ حكم محمدٌ لمن سكت عن التاريخ؛ لأنَّ المؤرِّخَ يقتصرُ على وقت التاريخ، والمطلق - وهو الساكت - يثبتُ الملكَ من الأصل، ولهذا يستحقُّ الزوائد، فيكون الساكتُ أُولَى؛ لكونه أَسبقَ تاريخًا، فيقضى له.

(وإن كانت²) العينُ (في يدهما أو يد أحدهما؛ الغاه) أي: محمدٌ التاريخَ (مطلقاً) أي: سواء ادَّعيا ملكاً أو ميراثاً، أَرخَا أو أَرخَ أحدهما، وجعل الدَّارَ بينهما نصفين إذا كانت في أيديهما بتساويهما في اليد، وجعلها للخارج إذا كانت في يد أحدهما. وقالوا: التاريخ لا يُلغى، بل الحكمُ فيما كانت في أيديهما أو في يد أحدهما كالحكم فيما إذا كانت في يد ثالث.

(ووافق الإمام في رواية) هي رواية أبي حفصٍ عن محمد أنه قال مثل قول أبي حنيفة في الميراث والملك المطلق جميعاً. له: إنَّ البيتين لَمَّا قامتا على الملك المطلق، ولم تعرَّضا بجهة الملك؛ استوى فيه التقدُّم والتأخُّر، فيقضى للخارج. ولهما: إنَّ البينة مع التاريخ يدفعُ ملك غيره في وقت التاريخ، وبينه ذي اليد على الدَّفع مقبولة، فلا يثبت الملكُ لغيره إلا بالتلقِي من جهته، وهو لم يدع ذلك.

الحاصل: إنَّ المسألة على قسمين: إمَّا أن يدعيا إرثاً أو ملكاً مطلقاً، وكلُّ واحدٍ على ثلاثة أقسامٍ: إمَّا أن تكون العينُ في يد الخارج، أو في أيديهما، أو في يد أحدهما، فذلك سِتَّة أقسامٍ، ثُمَّ كلُّ واحدٍ على أربعة أقسامٍ؛ لأنَّه³ إن لم يؤرِّخَا، أو أَرخَا على السواء، أو أَرخَا تاريخين، أو أَرخَ أحدهما وسكت الآخر، فذلك أربعة وعشرون، لكنَّ المصنِّفَ لم يذكر ما إذا أَرخَا على السواء وما إذا سكتا عن التاريخ؛ لعدم الاختلاف فيها، فبقي الاختلاف في اثني عشر وجهاً.

(ولو تنازعا دابةً أو قميصاً أحدهما راكبها أو لابسها) ولا بيعة لهما؛ (كان أُولَى ممن تعلق بلجامها أو كميته) لأن تصرُّفهما أشبه بتصرُّف الملاك، ولو كان أحدهما راكباً والآخر رديقه؛ فالراكبُ أُولَى، ولو تساويا في الركوب؛ يكون بينهما، ولو كان أحدهما متعلِّقاً بلجامها والآخر بدنبها؛ فمتمسك اللجام أُولَى. ولو تنازعا في بساطٍ أحدهما قاعدٌ عليه والآخر متعلِّقٌ به؛ فهو بينهما نصفان؛ لأنَّ الجلوسَ ليس بيدٍ له عليه، ولهذا لا يصيرُ غاصباً بالقعود على البساط، وبالركوب واللبس يصيرُ غاصباً.

(أو حائطاً، أو حصاً) بضم الخاء المعجمة: جدارٌ يتَّخذُ من القصب، (والوجه أو القمط) بكسر القاف، وهو جبلٌ يشدُّ به الخص، المراد به: عقدة القمط، يعني: إذا تنازعا في حائطٍ ووجهه (إلى أحدهما) أي⁴: تنازعا في حصٍّ وعقدة القمط إليه، (فهو بينهما) أي: الحائط والخص يكون بينهما نصفان عند أبي حنيفة. (وقالوا: لمن إليه الوجه أو القمط) يعني: يقضى لمن إليه وجهُ الحائط أو عقدة القمط؛ لأنَّ الظاهرَ يشهدُ له.

أراد بالوجه: الوجه الذي فيه الثَّقوش، وأمَّا التَّجصيصُ والتطيينُ إذا كان إلى أحدهما؛ لا يقضى له بالاتفاق؛ لأنَّ هذا يُفعلُ مع البناء. من «الحقائق».

وله: إنَّهما متساويان في اليد والدَّعوى، فيتساويان في القضاء، والقمطُ قد يتعدَّدُ في جانب المالك، ويجعل في جانب الجار، فلا يكون مرجِّحاً، وكذا وجهُ الحائط قد يُجعلُ في مرأى الناس، ويحسنُ لذلك، فلا يكون مرجِّحاً.

(وكلُّ من صاحبِ علوٍ وسفلٍ ممنوعٌ من التصرف فيه⁵ إلا بإذن الآخر) يعني: إذا كان علوٌ لرجلٍ وسفلٌ لآخر؛ ليس لصاحب السفل أن يتصرَّفَ في ملكه بأن يتد فيه وتدًا أو يفتح كوةً أو نحوهما مما فيه احتمالُ الضَّررِ إلا بإذن صاحبِ العلو عند أبي حنيفة،

¹ د: فخالفه.

² د: كان.

³ د + إم.

⁴ د: أو.

⁵ ح: منه.

وكذا بالعكس؛ لأن حق كلٍ منهما متعلقٌ بملك الآخر، فلا يجوز تصرفُ أحدهما بدون إذن الآخر كما في الشريكين، واحتمالُ الضرر كافٍ في المنع. (وأجازه إن لم يضرب به) ضرراً ظاهراً؛ لأنه تصرفٌ في ملكه، ولا ضررٌ فيه على غيره ظاهراً، ولا يُمنع عنه باحتمال الضرر.

(فصل)

(وإذا كانت تركةٌ في يد زيد، فجاء أحد الزوجين) وطلب نصيبه من التركة، (فصدقه زيد) أي: اعترف بزواجه، (بأمره) أي: أبو يوسف زيداً (بإعطاء أقلِّ النصيبين) يعني: إذا كان المُدعي هو الزوج يعطيه الثلث، وإن كان هو الزوجة يعطيه الثمن. (لا لأكثرهما) أي: قال محمد: لكلٍ منهما أكثر النصيبين.

قيد بتصديقه؛ لأن المُدعي لو أثبت الزوجة بالشاهدين، وقال: لا نعلم له وارثاً آخر؛ فله أكثر النصيبين اتفاقاً. وضع في الزوج والزوجة؛ لأن الوارث المُدعي إذا كان ممن لا يُحجب بغيره كالأب والابن؛ يدفع القاضي المال إليه، وإن كان ممن يُحجب بغيره كالجد والأخ؛ لا يدفع المال إليه. أمّا إذا كان ممن لا يُحجب بغيره، لكن يختلف نصيبه كالزوج والزوجة؛ ففيه الخلاف. من «الحقائق».

لأبي يوسف: إنَّ الأقلَّ متيقنٌ، والزيادة عليه مشكوكٌ لاحتمال الولد، فيعطى المتيقن، ويوقف المشكوك. ولمحمد: إنَّ سبب الاستحقاق ثابتٌ بتصادقهما، والمزاحم متيقنٌ ظاهراً، فلا ينقص نصيبه لأمرٍ موهوم. (ولا يشترطُ جرُّ الميراث) يعني: إذا شهد شاهدان أنَّ هذه الدار كانت لأبي فلان مات وهذا ابنه؛ قضي له بالميراث عند أبي يوسف. وقال: لا يقضى حتى تجر الميراث، فيقول: مات وتركها ميراثاً له، أو يقول: كانت لأبيه أو في يده يوم الموت. له: إنَّ المُدعي لَمَّا أثبت أنَّ الدار كانت لمورثه؛ يبقى باستصحاب الحال إلى يوم موته، فينتقل إليه ضرورةً. ولهما: إنَّ يدعي الملك لنفسه، وهما شهدا بالملك لغيره، فلا بُدَّ من إثباتهما الملك له بالجر حتى يوافق الشهادة الدعوى، واستصحاب الحال يصلح للدفع لا للاستحقاق.

(والمُدعي أنه ابن هذا الميت إذا لم يقلْ شهوده: لا نعلم له وارثاً غيره) بعدما شهدوا أنه ابن هذا الميت، (لا يؤخذ منه كفيلاً) عند أبي حنيفة، بل يدفع القاضي إليه المال. وقال: يؤخذ منه كفيلاً احتياطاً؛ لاحتمال أن يظهر وارثٌ آخرٌ أو غريمٌ، فيتضرر، كما يأخذ كفيلاً في دفع إعطاء النفقة من مال الغائب امرأته. وله: إنَّ حقَّ الحاضر ثابتٌ قطعاً، فلا يؤخَّر لأمرٍ موهوم، فكيف يؤخذ منه كفيلاً والمكفول له مجهولٌ؟ بخلاف نفقة زوجة الغائب؛ لأنه معلومٌ.

(ولو برهن أنَّ هذه الدار) التي في يد غيره (ميراثٌ له ولأخيه الغائب لا وارثٌ له غيرهما؛ فالقاضي يحكم له بحصته، ويترك حصّة الغائب مع ذي اليد) عند أبي حنيفة، أي: في يد من في يد الدار. (وقال: إن أنكر) ذو اليد ما ادَّعاه (ووضعت الحصّة في يد عدل) لأنه بإنكاره صار خائناً، فلا يترك في يده نصيب الغائب نظراً له. وله: إنَّ ذا اليد أميئ الميت، فلا يُنزع من يده نصيب الغائب؛ لاحتمال أن يكون راضياً به، وجحد الوديعة بغيبة المالك نوعٌ صيانةً، فلا يكون خيانةً.

وضع في الدار؛ لأن المنقول ينزع من يده اتفاقاً. وقيل: الخلاف فيهما سواءً.

ثمَّ الغائب إذا حضر، الأصحُّ: أنه لا يكلف إقامة البينة لينزع النصف من يده. من «الحقائق».

(فصل) في دعوى النسب

(ولو ادعى ولدٌ جاريةً باعها، وأتت به لأقلِّ من ستة أشهرٍ من حين البيع؛ ثبت منه) نسب الولد من البائع؛ لحصول اليقين أنَّ العلوق في ملكه، والظاهر عدمُ الزنا، فيقبل دعوه مستنداً إلى العلوق؛ لأنَّ أمر النسب خفيٌّ، قد يظنُّ المرء أنَّ العلوق ليس منه، ثمَّ يظهر له أنه منه.

(وكانت أمُّ ولده، وفسخ البيع) لأنَّ بيعها غير جائز، (فردَّ الثمن. ويقدم على دعوى المشتري) يعني: إذا ادَّعاه المشتري مع دعوى البائع أو بعدها؛ فدعوه البائع أولى؛ لأنها أسبق؛ لاستنادها إلى وقت العلوق. ولو ادَّعى المشتري قبل دعوى البائع؛ ثبت النسب من المشتري، ويحمل على أنه نكحها واستولدها، ثمَّ اشتراها.

¹ د: ورد.

(وإن أتت به) أي: الجارية المباعة بالولد (لأكثر من سنتين من حين باع؛ لم يصح دعواه) أي: دعوى البائع؛ لعدم اتصال العلوق بملكه يقيناً، وكذا لو ادّعه لأكثر من ستة أشهر وأقل من سنتين.

(فإن صدّقه المشتري) أي: في دعواه (ثبت منه) نسبه، وحُمل أن البائع استولد الجارية بالتكاح حملاً لأمره على الصّلاح. (ولا يُفسخ) البيع؛ لأن وقوع العلوق في ملكه غير معلوم، ويبقى الولد عبداً للمشتري.

(وإن ادّعه) أي: البائع ولد المباعة (بعد موته) أي: موت الولد، (وقد أتت به لأقل من ستة أشهر؛ لم يثبت الاستيلاء) أي: لا تصير الجارية أمّ ولد للبائع؛ لأن الولد بعد موته لم يثبت نسبه؛ لعدم احتياجه إليه، فلم تستفد أمه¹ حرّية. (أو بعد موتها) أي: إذا ادّعى البائع الولد بعد موت الجارية، (أو عتقها) (وقد أتت به لأقل من ستة أشهر، (ثبت نسبه منه وأخذته) أي: البائع الولد اتفاقاً.

قيّد بعتقها؛ لأن المشتري لو اعتق الولد دون الأم لا يصحّ دعوته؛ لأن الولد هو الأصل. (وعليه) أي: واجب على البائع (رد كل الثمن) إلى المشتري عند أبي حنيفة؛ لأنه باع أمّ ولده، ولم يفسخ البيع فيها لمانع، وهو الموت أو العتق، وهي غير متقومة عنده، فلا يسلم له بإزائها شيء من الثمن، فيردّ جميعه. (وقال: رد حصته) يعني: عندهما يردّ حصّة الولد، ولا يردّ حصّة الأم؛ لأنها متقومة عندهما، فيقسم الثمن على قيمتها يوم القبض، وقيمة الولد يوم الولادة، فما أصاب أمه سقط² عن البائع، ويسلم له ما³ بإزائها من الثمن في عتقها، فيردّ حصّة الولد.

اعلم أن الخلاف المذكور في صورة عتقها هو الذي مال إليه صاحب «الهداية» وصحّحه، وهو مخالف لما ذكر في «المبسوط» من أنه لا يردّ حصتها بالاتفاق، وفرق بين الموت والعتق: بأن البائع لم يصير مكذباً شرعاً فيما زعم أنها أمّ ولده، فيردّ جميع الثمن عنده، وفي الإعتاق صار مكذباً؛ لأن القاضي كذبه، وجعلها معتقة المشتري، ولم يفسخ البيع، فإذا لم يبطل البيع في الجارية؛ فكيف يستردّ جميع الثمن؟ كذا في «التبيين» و«الكافي».

(ولو باعها المشتري، فاستولدها الثاني) أي: المشتري الثاني، (فاستحقت، فضمن قيمة الولد، ورجع بها وبالثمن) أي: رجع المشتري الثاني بثمنها على بائعه، وهو المشتري الأول، (فبائعها لا يرجع على الأول) أي: لا يرجع المشتري الأول على البائع الأول (إلا بالثمن) عند أبي حنيفة. (وقال: يرجع به وبقيمته) أي: يرجع بالثمن وبقيمة الولد على البائع الأول؛ لأن رجوع المشتري الثاني كان لأجل الغرور، وهذا المعنى قائم في المشتري الأول أيضاً، فيرجع على البائع الأول كما يرجع بثمنها والردّ بعينها.

وله: إن البائع الأول ضمن سلامة الولد للمشتري الأول، ولم يضمن سلامته للمشتري الثاني؛ لأن البيع الثاني إنما يضاف إلى البائع الثاني لمباشرته باختياره، فينقطع نسبه إلى الأول، بخلاف الثمن والردّ بالعيب؛ لأنه ضمن سلامة المبيع، ولم يوجد.

(ولو اشترى امرأته المدخول بها، ثم أعتقها، ثم أتت بولد لأكثر من ستة أشهر منذ شرائها) أي: من وقت شرائها (لا يُثبت) أي: أبو يوسف النسب (إلا بدعوة) أي: بأن يدّعي الزوج؛ لأن النكاح ارتفع بملك اليمين، وبقي فراش الأمة، وهو ضعيف محتاج إلى الدعوة. (وأثبتته) أي: محمد النسب (إلى سنتين بدونها) أي: بدون الدعوة؛ لأن العدة وجبت عليها بارتفاع النكاح، لكن حكمتها لم يظهر بسبب ملك اليمين، ولم يُمنع عن الوطاء؛ لأنها⁴ مبانة معتدة غير مقرّة بانقضاء عدتها، فيثبت النسب من زوجها إلى سنتين.

(ولو باعها) أي: امرأته التي اشتراها من آخر، (ثم اشتراها، فأتت به كذلك) أي: ولدت ولداً لأكثر من ستة أشهر (منذ باعها؛ لا يُثبت) أي: أبو يوسف النسب من البائع (إلا بتصديق المشتري) لأن العلوق لو قدّر أنه حصل في ملك اليمين؛ ثبت النسب، وبطل الشراء، لكن لا يملك إبطاله؛ لتعلق حق المشتري، فإذا صدق رضي به. (وشرط دعواه) أي: قال محمد: إن ادّعى البائع النسب يثبت بتصديق المشتري، وإلا فلا؛ لأن حمل العلوق في ملك التكاح كان ممكناً في المسألة السابقة؛ لظهور العدة في حقه بالإعتاق، ولا إعتاق هنا، فوجب الحمل على العلوق في ملك اليمين، فلا يثبت النسب بدون الدعوة.

1 د: أمها.

2 د: أمها يسقط.

3 ح - ما.

4 د: أنها.

(ولو ادعى ولد مبيعتته) يعني: إذا باع أمته، وقبضها المشتري، فأنت بولد، فادعاه البائع، (وبرهن على بيعها منذ شهر، فبرهن¹ المشتري على أكثر من ستة أشهر) يعني: ادعى المشتري، وقال للبائع: بعثها لأكثر من ستة أشهر، فأقام عليه البيّنة، (يحكم له به) أي: يحكم أبو يوسف للمشتري بالولد، ورجح بيّنته؛ لأنها تُثبت زيادة المدة. (لا للبائع) أي: قال محمد: الولد للبائع، ورجح بيّنته؛ لأنها تُثبت نقض البيع.

قيد بقول: فبرهن المشتري؛ لأنه لو لم يبرهن على ما ادعاه؛ كان القول قوله اتفاقاً.

(والمنعني إليها زوجها) يعني: المرأة التي أُخبرت بموت زوجها (إذا اعتدّت وتزوجت وأنت بولد، فجاء الأول) أي: الزوج الأول حيّاً؛ (فهو له) أي: الولد للأول عند أبي حنيفة (مطلقاً) أي: سواء أتت به لأقل من ستة أشهر أو لا؛ لأنّ النكاح الأول صحيح، والثاني فاسد، فاعتبار الصحيح أولى. (وللثاني في رواية، وعليها الفتوى) لأنه هو المستفرض حقيقة، فالولد للفراس الحقيقي وإن كان فاسداً. (ويجعله) أي: أبو يوسف الولد (للأول إن أتت به لأقل من ستة أشهر من حين العقد) أي: عقد النكاح الثاني؛ لتيقننا أنّ العلوق من الأول، وأمّا إذا كان لأكثر² من ستة أشهر؛ فالولد للثاني. (وحكم به له) أي: محمداً بالولد للأول (إن كان من حين ابتداء الثاني بالوطء إلى الولادة أقل من سنتين) وإن كان أكثر منهما؛ فهو للثاني؛ لأنّا تيقننا أنّه ليس من الأول؛ لأن النكاح الصحيح مع احتمال العلوق منه أولى بالاعتبار.

وإنما وُضِع في الولد؛ إذ المرأة تردّ إلى الأول إجماعاً.

وعلى هذا الخلاف لو سُبيت امرأة، فتزوجها رجلٌ من أهل الحرب، فولدت أولاداً، وكذا لو ادّعت الطلاق، واعتدّت، وتزوجت بآخر، والزوج الأول جاحدٌ. من «المحيط».

(ولو ولدت مكاتباً من أحد الشريكين) يعني: إذا اشترك اثنان في أمة، وكتابها³، فأنت بولدٍ من أحدهما، فادعاه، (فنصيبه أم ولد، ولها الخيار، فإن عجزت نفسها؛ فكلها أم ولده، ويضمن) المستولد (لشريكه نصف عقرها ونصف قيمتها، وإلا) أي: إن لم تعجز نفسها (أخذت العقر) ومضت على الكتابة، (فإذا أدّت عتقت، فالولاء لهما) عند أبي حنيفة؛ لأنّ الاستيلاء عنده يتجزأ، فيقتصر أمومية الولد على نصيبه؛ لأنّ الكتابة لا يقبل التقل من ملك إلى ملك كالقديري، ولو كانت مدبرة، فجاءت بولدٍ، فادعاه أحدهما؛ يصير نصيبه أم ولد، ويبقى نصيب الآخر مدبراً على حاله بالاتفاق، فكذا هذا.

(وقالوا: كلها أم ولد ومكاتباً) للمستولد، (ويغرم نصف قيمتها) لشريكه ونصف عقرها أيضاً؛ لأنّ الاستيلاء لا يتجزأ عندهما، فيجب تكميله ما أمكن، وقد أمكن هنا بفسخ الكتابة؛ لأنها قابلة للفسخ، فتنفسخ، وقبل العجز صارت أم ولد للأول، وانتقل نصيب الثاني إليه بفسخ الكتابة.

(والأمة المشتركة) بين جماعة (إذا أتت بولد، فادعوه؛ ثبت منهم) نسبه عند أبي حنيفة؛ لتساويهم في العلة. (ومن اثنين) يعني: ثبت نسبه من اثنين منهم عند أبي يوسف؛ لأنّ الولد إنّما يكون من ماءٍ واحدٍ حقيقة، وإنّما أثبتناه من اثنين؛ لحديث عمر: هو ابنهما وورثانه، ولا نصّ في الرّائد منهما. (لا ثلاثة) يعني: عند محمد: يثبت من ثلاثة؛ لأنها قريبة من اثنين.

(أو مسلم وذمي) عطف على ضمير «فادعوه»، يعني: الأمة المشتركة إذا أتت بولد، فادعاه مسلم وذمي، (أو أب وابن) يعني: إذا ادعى أب وابن ولدٍ جاريةً مشتركةً بينهما، (جعلناه للمسلم) لكون مصلحة الولد في ثبوت النسب منه، حتى لو كان أحدهما عبداً مسلماً والآخر حرّاً كافراً؛ فالولد للكافر. (والأب) لأن له تملكاً في مال ابنه من وجهه، ولهذا لو ادعى ولد جاريةً ابنه ثبت نسبه منه، ولا كذلك الابن. (لا لهما) يعني: قال زفر: يثبت النسب منهما؛ لاستوائهما في الاستحقاق.

(ولو برهن كلٌّ من اثنين أنّ هذا العبد) الذي في يد ثالثٍ (له ولد في ملكه من عبده وأمته؛ كان لهما) أي: العبد للمدعيين اتفاقاً لاستوائهما. (ونسبه ثابت من الأبوين) أي: من العبدین والأمتين عند أبي حنيفة. (وقالوا: من العبدین) ولا يثبت من الأمتين؛ لأنّ ولادة ولدٍ واحدٍ من امرأتين محالٌ، بخلاف الرّجلين؛ لأنّ اختلاط مائهما في رحمٍ واحدٍ ممكنٌ. وله: إنّ النسب لهما ثبت من العبدین بالشهادة ثبت من الأمتين أيضاً؛ لاستوائهما في العلة، والاستحالة في ثبوت أحكام نسبٍ ولدٍ من امرأتين وإن استحال ولادته منهما.

¹ د: وبرهن.

² د: أكثر.

³ د: فكتابها.

(ولو ادَّعى مولى أمة أنت بثلاثة) أولاد (في أبطن) بأن كان بين ولدين سنة أشهر، ولا زوج لها، (أكبرهم) مفعول «ادَّعى»، أي: نسب أكبر الأولاد سناً (أثبتاه) يعني: ثبت عندنا نسب الأول وحده. (لا الكل) يعني: قال زفر: ثبت نسب الكل منه.

قيدنا بقولنا: «لا زوج لها»؛ لأنَّ الأمة لو كانت ذات زوج لا يثبت النسب من المولى، بل من الزوج. له: إنَّها صارت أم ولد له من زمان العلوق بدعوته، فلا حاجة في الآخرين إلى الدعوة؛ لأنَّهما ولد أم¹ ولده. ولنا: إنَّ استناد² الدعوة إنَّما يثبت في حق الأكبر دون حقَّهما؛ لأنَّهما منفصلان عن الأم وقت الدعوة.

(أو قال أحدهم: ولدي) يعني: إذا ولدت جارية ثلاثة أولاد في بطونٍ مختلفة، فقال مولاهما: أحد هؤلاء ولدي، (ومات مجهلاً) أي: مات المولى قبل البيان؛ عتقت الأم بغير سعاية اتفاقاً، وأما الأولاد؛ (فثلث كل حر) يعني: ثلث كل واحد من الأولاد حر عند أبي حنيفة؛ لأنَّ ثبوت النسب معتدٌّ، فيجعل كالمه مجازاً عن التحرير، (وعليه السعاية في باقيه) يعني: يسعى كل منهم في ثلثي قيمته.

(وأفتى بثلث الأول) يعني: قال محمد: يعتق ثلث الولد الأول، (ونصف الثاني) فيسعى كل منهما في باقيه، (وكل الثالث) لأنَّ العتق عليهم منزَّل بناءً على العلوق باعتبار الأحوال، فإن أراد بأحدهم الأول عتقوا جميعاً؛ لأنَّ الثاني والثالث صاروا ولد أم ولده، وإن أراد به الثاني عتق هو والثالث دون الأكبر، وإن أراد به الثالث عتق هو وحده، فالأول يعتق في حالٍ ولا يعتق في حالين، فيعتق ثلثه، والثاني يعتق في حالين ولا يعتق في حال، فيعتق نصفه؛ لأنَّ إصابة العتق حالة واحدة، والشئ إذا ثبت بسبب لا يكون ثابتاً بسبب آخر، والحرمان حالة أخرى، والثالث يعتق في كل حالٍ، فيعتق كله.

(ويوافق) أي: أبو يوسف محمداً (في الآخرين) أي: في الثاني والثالث، (ويعتق نصف الأول في رواية) عن أبي يوسف؛ لأنَّه جعل حال الحرمان حالة واحدة.

(ولو ولدت المبانة المعتدة ولدين في بطن أحدهما) بالنصب بدل عن ولدين، أي: ولدت أحدهما (لأقل من سنتين من وقت الإبانة، والآخر) أي: ولدت الولد الآخر (لأكثر منهما) أي: من سنتين، (فنفاهما؛ أثبت نفيهما) أي: قال محمد: لا يثبت نسبهما. (وهما نسبهما) أي: قال: يثبت نسبهما، ويحد؛ لأنَّه قذف محصنة.

قيد بقوله: «أحدهما»؛ لأنَّها لو ولدتها لأقل من سنتين ثبت نسبهما اتفاقاً، فإن نفى أحدهما أو نفاها حد؛ لأنَّه قذف محصنة.

وقيد بقوله: «لأقل»؛ لأنَّه لو ولدتها لأكثر من سنتين لا يثبت نسبهما ما لم يدع الزوج، فإن نفاها أو نفى أحدهما؛ لا يحد؛ لأنَّ نسبه غير ثابت.

له: إنَّ الولد الثاني لم يكن من وطء قبل الإبانة لتجاوزه أكثر مدَّة الحمل، فإذا لم يثبت الثاني لم يثبت الأول تبعاً له. وإنَّما لم ينكس؛ لأنَّ عدم النسب الثاني غلَم بالنص، وهو قول عائشة: لا يبقى الولد في بطن أمه أكثر من سنتين، ولو ثبت نسب الأول لثبت بالاجتهاد؛ لأنَّهما توأمان، والنص أقوى منه.

ولهما: إنَّ نسب الأول ثبت عند ولادته لعدم المانع، وثبت نسب الثاني تبعاً له، كمن باع جارية، فولدت عند المشتري ولدين؛ أحدهما لأقل من سنة أشهر من وقت البيع، والآخر لأكثر منها، ثم ادَّعى البائع الأول ثبت نسبهما من غير تصديق المشتري.

(ولو ادَّعى عبد زوجته أمة) الجملة الاسميَّة صفة «عبد». (لقبطاً) بأنَّه ولده من زوجته، (وصدقه المولى؛ ثبت منه) نسبه، (ويحكم برفقه) أي: أبو يوسف بأنَّ الولد عبد لمولاه تبعاً لها. (وحكم بحريته) محمداً؛ لأنَّ اللقيط حرُّ بالأصالة، ولا يبطل حرَّيته بتصادق العبد ومولاه. والله أعلم³.

(كتاب الشَّهادات)

الشَّهادة في الشَّريعة: إخبار عن عيانٍ بلفظ الشَّهادة في مجلس القاضي.

(يُفترض أداؤها لطلب المُدَّعي) قيد به؛ لأنَّ أدائها حقٌّ له، فيتوقَّف على طلبه. إنَّما افترض؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَكْتُمُوا الشَّاهِدَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ﴾ [البقرة، 283/2].

وفي «التبيين»: إنَّما يَأْتَم إذا عَلِم أنَّ القاضي يقبل شهادته.

1 د: لأم.

2 ح: إسناد.

3 د - والله أعلم.

هذا إذا كان قريباً من القاضي، وإن كان بعيداً أكثر من نصف يوم؛ لا يأنم؛ لأنه لحقه الضرر، وإن كان الشاهد يقدر على المشي، فأركبه المدعي من عنده؛ لا يقبل شهادته، وإن كان لا يقدر فأركبه؛ لا بأس به.

(ويخير) الشاهد بين الأداء والستر (في الحدود) لأن في كلٍ منهما حسناً من وجه، (ويفضل الستر) لقوله صلى الله عليه وسلم: «من ستر على مسلم عيباً ستر الله عليه في الدنيا والآخرة»². (فيقول في السرقة) أي: الشاهد في شهادة السرقة: (أخذ) ليحيى حق المسروق منه، (لا: سرقة) أي: لا يقول: سرق؛ لئلا يُقطع يده رعاية للستر.

(ولا يثبت الزنا إلا بأربعة) من الرجال؛ لقوله تعالى: ﴿اللَّاتِي يَأْتِيَنَّ الْفَاحِشَةَ مِنْ نِسَائِكُمْ فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِنْكُمْ﴾ [النساء، 15/4].

(ولا الحدود والقصاص إلا برجلين) أي: لا يُسمع فيها شهادة النساء؛ لأن في شهادتهن شبهة البدلية عن شهادة الرجال، فلا يُسمع فيما يندرى بالشبهات.

وإنما قلنا: «شبهة البدلية»؛ لأن الثابت لو كان حقيقة البدلية؛ لَمَا جاز شهادة رجل وامرأتين مع وجود رجلين.

فإن قلت: يدل قوله تعالى: ﴿فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ﴾ [البقرة، 282/2] على حقيقة البدلية.

قلت: معناه: إن لم يشهدا حال كونهما رجلين؛ فليشهد رجل وامرأتان، ولولا هذا التأويل لما اعتُبر شهادتهن مع وجود الرجال، وشهادتهن معتبرة معهم.

(ويُسمع فيما عدهما) أي: عدا الزنا والحدود (شهادة رجل وامرأتين، ولا نقيده بالمال) أي: قبول شهادتهن مقصور في الحقوق المادية، بل تقبل³ في النكاح والطلاق ونحوهما. وقال الشافعي: مقصور عليها؛ لأن الأصل أن لا يقبل شهادتهن، وإنما قبلت في الأموال وتوابعها كالأجل وشرط الخيار على وجه الضرورة لكثرة وقوعها.

ولنا: ما روي: أن عمر رضي الله عنه أجاز شهادة النساء مع الرجال في النكاح والفرقة.

(ولا نشترط أربعاً فيما لا وقوف) أي: لا اطلاع (للرجال عليه) كالبكارة والولادة. وقال الشافعي: يُشترط أربع منهن؛ لأن كل امرأتين يقومان مقام رجل.

ولنا: ما روي عن حذيفة: أن النبي صلى الله عليه وسلم أجاز شهادة قابلة على الولادة⁴.

(ولا عينوا اثنين) أي: قال مالك: يُشترط أن تشهد فيه اثنتان؛ لأن المعتبر في الشهادة شيخان: الذكورة والعدو، إذا تعدر اعتبار الذكورة بقي الآخر، وهو العدو.

ولنا: ما روي عن حذيفة.

(فتكفي الواحدة) عندنا، (وشهادتهن على الاستهلال) وهو ما يُعرف به حياة الولد من صوت ونحوه (مردودة) عند أبي حنيفة (في حق الإرث) وقال: مقبولة.

قيد بقوله: «في حق الإرث»؛ لأنها في حق الصلاة عليه مقبولة اتفاقاً.

لهما: إنها لَمَا قُبِلَتْ في حق الصلاة، وهي من أحكام الأحياء؛ تُقبل فيما يبتني عليها، وهو الإرث.

وله: إن الإرث من باب الإلزام، وهو لا يثبت إلا بحجة تامة، وشهادتهن ناقصة، فلا يثبت بها كما لم يثبت الرضاع بها، بخلاف الصلاة؛ لعدم الإلزام.

(وشرط) محمد (في ترجمة لغة الشاهد) وهي بفتح الجيم: تفسير الكلام بلسان آخر إذا لم يعرفها القاضي أو المدعي أو المدعى عليه، (وتزكية السر) أي: في⁵ تزكية الشاهد سراً (عدد البينة) واكتفيا بثقة) أي: بعدل واحد، رجلاً كان أو امرأة.

قيد بتزكية السر؛ لأن العدد في تزكية العلانية شرط اتفاقاً، أما شهود الزنا؛ فيُشترط في تزكيتهم أربعة عند محمد.

¹ د - عيباً.

² صحيح مسلم، الذكر 38؛ سنن أبي داود، الأدب 60. وأخرجه البخاري وليس فيه ذكر الدنيا: صحيح البخاري، المظالم 4.

³ ح: يقبل.

⁴ المعجم الأوسط للطبراني، 189/1؛ سنن الدارقطني، 416/5. وقال ابن عبد الهادي في التنقيح 79/5: حديث باطل لا أصل له.

⁵ د - في.

وفي «المحيط»: يُقبلُ تزكيةُ السرِّ من الأعمى والعبد والصبيِّ عندهما؛ لأنه إخبارٌ، وخبرٌ هؤلاء مقبولٌ، وعند محمد: هي شهادةٌ، فلا يُقبلُ، وأما تزكيةُ العلانية؛ فشهادةٌ اتِّفاقاً.

له: إنَّ الترجمةَ والتزكيةَ في معنى الشَّهادة، فيُشترطُ فيها ما يُشترطُ في الشهادة.

ولهما: إنَّ العددَ في الشَّهادة ثابتٌ بخلاف القياس، فلا يتعدَّها، ولكن لهما شبهةٌ بالشَّهادة من وجهٍ، ولهذا شرطنا العدالةَ والإسلامَ بالحرية والبلوغ في المترجم والمركبي، وليست¹ شهادةً حقيقيةً، ولهذا لا يُشترطُ فيهما لفظُ الشهادة ومجلسُ القضاء.

(ويجيز) أبو يوسف للقاضي (تلقينُ الشهود) أي: كيفيةُ أداءِ الشَّهادة بأن يقول: كما يسمع منه أتشهدُ بكذا، ولا يقول: أشهدُ بكذا لِمَا لم يسمع منه. من «الحقائق»²؛ لأن مهابةَ مجلسِ القاضي قد يمنع الشاهدَ من إظهار لفظِ الشهادة، فتلقينُه بذكره إحياءٌ للحقِّ. (في غير الحدود) لأنَّها تدرئُ بالشبهة. وقالوا: لا يجوز؛ لأن في التلقينِ إعانةً لأحد الخصمين، فيجب اجتنابهُ نفيًا للتهمة. قيَّد بالشهود؛ لأن تلقينَ المدَّعي غيرُ جائزٍ اتِّفاقاً.

(ويشترطُ العدالةُ) في الشاهد؛ لأنَّها ترجِّحُ جانبَ صدقه، (ولفظُ الشهادة) لأنَّها من ألفاظِ اليمين، وهي أشدُّ دلالةً على امتناعه من الكذب، فلو قال الشاهدُ مكان: أشهدُ: أعلمُ أو أتيقنُ؛ لا يُسمعُ.

(والقاضي يعملُ بظاهر العدالة) ويسمعُ شهادته؛ لأنَّ عقله ودينه يمنعانه من مباشرةِ القبيح، فأكتفي بظاهر إسلامه.

(ولا يسألُ) عن الشاهد (إلا فيما يندريُّ بالشبهة) فإنَّه يسألُ عنه في السرِّ والعلانية وإن لم يطعن الخصمُ رجاءً أن يسقطُ، (أو لظعن الخصمِ فيه) لأن الظاهرَ أنَّه لا يطعنه كاذبًا، فيقابل³ الظاهران، فوجب الترجيحُ بالاستقصاء. (وقالوا: يسألُ سرًّا وعلانيةً) لأنَّ القضاءَ مبني على شهادتهم، فلا بُدَّ من معرفة حالهم، والظاهرُ لا يصلحُ حجَّةً للاستحقاق.

قيل: هذا اختلافُ زمانٍ، فإنَّ أبا حنيفةً كان في القرن الثالث المشهود له بالخير كما قال صلى الله عليه وسلم: «خيرُ القرون القرنُ الذي أنا فيهم، ثُمَّ الذين يلوونهم، ثُمَّ الذين يلوونهم»⁴، وهما كان في القرن الرابع بعدما تعيَّرَ أحوالُ الناس وفشا الكذب، فأفتى كلُّ واحدٍ بما شاهدَ في زمانه.

(ويفتي بقولهما) لأنَّ الفسادَ والزورَ في زماننا فشا، وأكثرُ أهله يشهد⁵ لمن يشاء.

(وإن اكتفى بالسرِّ) أي: القاضي بالتزكية سرًّا بأن يكتب في رقعةٍ اسمَ الشاهد ونسبَه وحليته، ويبعثها إلى السوق إن كان سوقيًا، وإلى أهل محلَّته، فمن عرفه بالفسق يكتب: الله أعلم تحرُّرًا عن الهتك، إلا إذا عدَّله غيره، ويخاف أن يحكم القاضي بشهادته، فيصرِّحُ بنفسه (جاز) لأن الشوكةَ في هذا الزمان لأهل الشرِّ والطغيان، والمركبي يخاف عن الإعلان في البيان.

(ويقول المركبي: هو عدلٌ جائزُ الشهادة) وإنَّما أضاف إلى قوله: هو عدلٌ كونهَ جائزُ الشهادة؛ لأنَّ العبدَ والمحدودَ في قذفٍ إذا تاب يكون عدلاً، ولا يجوز شهادتهما.

(ويجوز أن يشهدَ بكلِّ ما سمعه) إلا أن يكون من وراء الحجاب، فلا يجوز أن يشهدَ عليه؛ لأنَّ الصوتَ يُشبهُ الصوتَ، فلو عَلِمَ أن ليس وراءه إلا واحدٌ معيَّنٌ؛ جاز له أن يشهدَ على ما سمع منه. (أو أبصره من الحقوق) كالغصب والقتل ونحوهما، (والعقود) كالهبة والبيع ونحوهما (من غير إشهادٍ، ويقول: أشهدُ، لا أشهدني) أي: لا يقول الشاهدُ: أشهدني؛ لأنه يكون كاذبًا، (إلا الشهادةُ على الشهادة، فلا يجوزُ حتى يُشهده) يعني: إذا سمع شاهدًا يشهدُ لم يجز له أن يشهدَ على شهادته ما لم يُشهدْ؛ لأنَّ الشهادةَ لا يثبت الحكمُ بنفسها، وإنَّما يثبت بالتَّمثُّل إلى مجلسِ القضاء، فيُشترطُ التَّحميلُ.

(ولا يشهدُ بما لم يعاينه إلا التَّسبُّ والموتُ والدخولُ) أي: دخول الزوج زوجته، (والنكاحُ وولايةُ القاضي إذا أخبره من يثقُ به) ويُشترطُ في إخبار من يثقُ به أن يكون رجلين أو رجلًا وامرأتين، ولفظةُ الشهادة، أقيمَ هذه الشهادةُ مقامَ الخبر عن جماعةٍ لا يتوهَّمُ

1 ح: وليس.

2 د - بأن يقول: كما يسمع...

3 د: فتقابل.

4 صحيح البخاري، الشهادات 9؛ فضائل أصحاب النبي 1؛ صحيح مسلم، فضائل الصحابة 210-213، بمعناه.

5 د: شهد.

6 د: ولفظ.

تواطؤهم على الكذب في إثبات الشهرة حكماً واعتباراً، ولا يُشترط في الموت؛ لأنه قد يتفق في موضع لا يحضره إلا الواحد، فلو لم يثبت الشهرة بالواحد؛ لضاعت الحقوق المتعلقة بالموت، ولو لم يعاين الموت إلا واحدٌ يخبر عدلاً، فيشهدان به عند الحاكم.

وإنما كفى التسامع في هذه الأشياء؛ لأن أسبابها لا يطلعها إلا الحواص، فلو لم يُقبل فيها الشهادة بالتسامع لأدّى إلى حرج كثير، بخلاف البيع والهبة ونحوهما؛ لأنّ الخاصّ العامّ يحضرها.

ثمّ إنّه ينبغي أن لا يفتر أنه يشهد بالتسامع أو بالمعانية، حتى لو فتره لا يُسمع شهادته، والاقتضاض بهذه الأشياء بنفي جواز غيرها، لكن المختار في أصل الوقف قول محمد في أنّه يجوز بالتسامع، لكن لا بُدّ فيه من بيان جهته بأنّه وقف على هذا المسجد أو نحوه، حتى لو لم يبيّن أنها لا تُسمع. كذا في «التبيين».

وذكر في «المحيط»: لا يُقبل الشهادة على الولاء بالسماع عندهما، وعند أبي يوسف آخرًا: يُقبل؛ لأنّ الولاء بمنزلة النسب. (وإذا رأى في يده) أي: الشاهد في يد غيره (شيئًا غير عبدٍ وأمةٍ كبيرين لا تُعرف رَقَمًا) أي: كونهما مملوكين (يشهد¹ له به) أي: بالملك لمن في يده؛ إذ لا دليل للشاهد² على الملك سوى اليد بلا منازع، ولو مُنع الشهادة باليد لانسدّ بابها؛ لأن الوقوف على حقيقة الملك متعلّز (من غير تفسير) بأنّه يشهد بالرؤية، ولو فتره لا يُسمع.

اعلم أنّ الشهادة في غير العبد والأمة إنّما يصحّ إذا عرف الملك بحدوده، ورآه في يد رجلٍ يعرفه باسمه ونسبه، أو سمع أنّه في يد فلان بن فلان، ولكن لا يعرف ذلك الفلان بوجهه، ثمّ رآه في يد غيره؛ جاز له الشهادة بالملك للأول إذا ادّعا، وليس هذا إثبات الملك بالتسامع، وإنّما هو إثبات النسبة بالتسامع، وفي ضمنه إثبات الملك به، ولا يجوز الشهادة في غير هاتين الصورتين. كذا في «التبيين».

إنّما استثنى العبد والأمة الكبيرين؛ لأنّ الشهادة بهما برؤيتهما في اليد لا يجوز؛ لأنّ لهما يدًا على أنفسهما، حتى إذا ادّعى العبد أنّه حُرّ الأصل؛ كان القول قوله، فلا يثبت لغيرهما يدٌ عليهما في الحقيقة حتى يعتبر ويشهد بها على الملك، بخلاف الصّغيرين اللذين لا يعيّر عن أنفسهما لا يد لهما، فصار كسائر الأموال، فجازت الشهادة برؤيتهما في اليد. قيّد بقوله: «لا يعرف رَقَمًا»؛ لأنه لو كان معروفًا جازت الشهادة.

(فصل) فيمن يقبل شهادته وفيمن لا يقبل

(وردّنا شهادة الأعمى مطلقًا) سواء كان فيما يسمع أو لا، (وقبولها فيما سبيله التسامع رواية) عن أبي حنيفة، وهو قول زفر؛ لأنّه يساوي البصير في السماع. (ويجيزها) أي: أبو يوسف شهادة الأعمى في الدّين والعقار. قيّدنا به؛ لأنّ في المنقول لا يقبل شهادته اتّفاقًا؛ لأنّه يحتاج إلى الإشارة، والدين يعرف ببيان الجنس والوصف، والعقار بالتحديد.

(إن تحمّلها بصيرًا) لأنّ العلم حصل له بالعيان وقت التحمل، وأداؤه صحيح؛ إذ لا خلل في لسانه، وتعريف المشهود عليه يحصل بذكر نسبه.

وقالا: لا يجوز؛ لأنّه يحتاج في أدائها إلى التمييز بين الخصمين، وهو لا يفترق بينهما إلا بالتغمة، وهي لا يعتبر؛ لأنّه يُشبه نعمة أخرى، ويخاف عليه التلقين من الخصم، والمعرفة بذكر النسب لا يكفي؛ لأنّه ربّما يشارك غيره في الاسم والنسب.

قيّد بقوله: «إن تحمّلها بصيرًا»؛ لأنّه لو تحمّلها أعمى لا يقبل اتّفاقًا.

وفي «الذخيرة»: الخلاف فيما لا يجوز الشهادة بالشهرة والتسامع، أمّا في خلافه؛ تقبل شهادة الأعمى بلا خلاف. من «الحقائق».

(ولو عمي بعد الأداء؛ امتنع القضاء، ويأمر به) أي: أبو يوسف بالقضاء؛ لأنّها أديت بشرائطها، وقُبِلت، فيقضى بها، كما لو مات الشاهد بعد الأداء أو غاب. وقالا: لا يقضى؛ لأنّ قيام أهلية الشّهادة شرط وقت القضاء؛ لأنّها تصير حجةً عنده، وقد فات، فلا

¹ د: شهد.

² د: للمشاهد.

يقضى بها، فصار¹ كما لو جنّ أو خرس أو فسق، بخلاف الموت؛ لأن الأهلية يستقرُّ به، ولا تبطل²؛ إذ الشيء بانتهاه يتقرَّر، وبخلاف الغيبة؛ لأنّه لا ينافي الأهلية.

أقول: الجملة الشرطية تدلُّ³ على أنّ امتناع القضاء اتفريقيّ، وذكر الخلاف بعده يدلُّ على أنّه خلافيّ، وبينهما تنافٍ، ولو قال: ولو عمي بعد الأداء؛ يأمر بالقضاء؛ لكان أولى وأخصر.

(ولا تقبل من العبد والصبيّ) لأنّ الشهادة من باب الولاية؛ لِمَا فيها من إلزام الغير، ولا ولاية لهما على أنفسهما، فأولى أن لا تكون لهما ولاية على الغير، ولو تحمّلا في الرق والصغر، وأدباً بعد العتق والبلوغ؛ جاز.

(ولا من الأصل لفرعه، وبالعكس) لقوله عليه الصلاة والسلام: «لا يقبل شهادة الولد لوالده، ولا الوالد لولده»⁴.

وفي «المحيط»: تقبل شهادة لولده من الرضاع.

(ولا من المولى لعبده) سواء كان مديوناً أو لا، **(ومكاتبه)** لقوله صلى الله عليه وسلم: «لا تقبل شهادة المولى لعبده»⁵.

(ولا من الشريك لشريكه فيما هو من شركتهما) لأنّه شهادة لنفسه.

قيّد بقوله: «فيما هو»؛ لأنّ شهادته له فيما عدا ذلك مقبولة.

(وتردّها من أحد الزوجين للآخر) وقال الشافعيّ: هي مقبولة؛ لأنّ الأملأك بينهما مميّزة، ولا اعتبار للنفع العائد إلى الشاهد

ضمناً كما في الغريم.

ولنا: إنّ المنافع بينهما متّصلة، ولهذا يعدُّ أحدهما غنياً بغنى صاحبه، فثبت⁶ فيهما تهمة، بخلاف شهادة الغريم؛ لأنّه لا يد له على المشهود به.

(وتقبل من الأخ لأخيه وعمّه) لأنّ المنافع بينهم متباينة غالباً.

(وتردُّ من مخنث) وهو الذي يتشبه النساء عمداً في الأقوال، وهو معصية؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «لعن الله المؤنثين من الرجال»⁷. **(ونانحة)** وهي التي تنوح في مصيبة غيرها للمال، وأمّا التي تنوح في مصيبتها؛ فلا يسقط عدالتّها. **(ومغنيّة)** سواء تعنّت للناس أو لا؛ لأنّ رفع صوتها حرامّ. **(ومدمن الشرب)** أي: مداوم شرب الخمر **(على اللّهُو)** قيّد بالإدمان؛ ليكون ذلك ظاهراً منه؛ لأنّ مثله لا يكون ذا مروءة، ولا يحترز عن الكذب.

قال الإمام السرخسيّ: شرط أن يظهر الإدمان للناس، أو يخرج سكران، فيسخر به الصبيان، وأمّا شارب الخمر سرّاً؛ فلا يخرج من أنّ يكون عدلاً إذا لم يظهر ذلك وإن كثر شرؤها، وكذا مدمن السكر وإن كان بسائر الأشربة سوى الخمر. كذا في «التبيين».

(واللاعب بالطيور) لأنّه يرتكب منكراً بالنظر إلى العورات في السطوح وغيرها. **(والمغني للناس)** لأنّه يجمعهم على كبيرة. وأمّا المغني لنفسه لإزالة الوحشة؛ فلا بأس به، ولا يسقط به عدالته إذا لم يُسمع غيره في الصحيح؛ لما روي أنّ كثير بن مالك دخل عليه أخوه أنس بن مالك وهو يغني، وكان أكثر من زهاد الصحابة، وأنشد في تغنيته شعراً فيه وعظ وحكمة، فجاؤز بالاتفاق، ومن المشايخ من أجاز الغناء في العرس كما جاز ضرب الدفّ فيه. كذا في «التبيين».

(ومرتكب ما يوجب الحدّ) لأنّ بعض العلماء عرّف الكبيرة به، ومرتكب الكبيرة تردُّ شهادته. **(والذي يدخل الحمام بغير إزار)**

لأنّ كشف العورة حرامّ. **(ويأكل الربا)** شرط في الأصل أن يكون مشهوراً به؛ لأنّ عقد الربا مفيد للملك بعد القبض، فلم يكن حراماً محضاً، فصار كالصغيرة، فشرطنا الإدمان فيه، وأمّا أكل مال اليتيم؛ فمانع من الشهادة بلا اشتراط الإدمان؛ لأنه حرامّ محض.

¹ د: وصار.

² ح: يبطل.

³ د: يدل.

⁴

⁵ لم نجده إلا في تبين الحقائق للزيلعي، 219/4؛ وقال الزيلعي نصب الراية 82/4: غريب. وروي عن الإمام محمد قوله ولا تجوز شهادة المولى لعبده، انظر: الأصل له، 478/10.

⁶ د: فيثبت.

⁷ مصنف عبد الرزاق، 319/4؛ المعجم الأوسط للطبراني، 176/2. وصحيح ابن حبان، 61/13؛ المعجم الكبير للطبراني، 261/11، بلفظ «المخنثين من الرجال».

(ويَقَامُرُ بالنرد والشطرنج) والقمار: أن يأخذ من صاحبه شيئاً في اللعب. قالوا: النردُ مانعٌ من غير قمارٍ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «ملعونٌ من يلعب بالنرد»¹، وأما الشطرنجُ؛ فمكروهٌ عندنا، ومباحٌ عند الشافعيِّ، وهو ليس بمانعٍ إذا لم يكن فيه قمارٌ أو فوْتُ صلاةٍ أو حلف كاذبٍ.

(ويُفَعِّلُ² ما يستخفُّ به، كالأكل والبول على الطريق) لأنَّه يصدرُ ممن لا مروءةَ له، فيصيرُ متَّهماً بارتكاب الكذب. (ويُظهِرُ سبَّ السلف) لأنَّه يكونُ ظاهرَ الفسق.

(وتُقبِلُ من أهل الأهواء³) الجبر والقدر والرفض والخروج والتشبيه والتعطيل، ثُمَّ كلُّ واحدٍ منهم يصيرُ اثنتي⁴ عشرة فرقةً، فبلغ إلى اثنين وسبعين.

وفي «الذخيرة»: إنَّما تُقبِلُ شهادتهم إذا كان من أهل هوىٍ لا يكفرُ به صاحبه؛ لأنَّهم إنَّما وقعوا في الهوى بالتأويل والتعمُّق في الدين، ألا يرى أنَّ منهم من يعظِّمُ الذنبَ حتى يجعله كفرًا؟ وفسقُهم من حيث الاعتقاد لا يدلُّ على كذبهم عمدًا. (إلا الخطأبيَّة) هم صنفٌ من الروافض يُنسَبون إلى ابن الخطاب محمد بن أبي وهب الأجدع الكوفي، لا تقبلُ شهادتهم؛ لأنَّهم يعتقدون جوازَ الشَّهادة لمن حلف عندهم أنَّه محقٌّ، ويقولون: المسلمُ لا يحلفُ كذبًا، ويعتقدون أنَّ الشَّهادةَ واجبةٌ لشيعتهم⁵، سواءً كان صادقًا أو كاذبًا.

(ونقبِلها من أهل الذمَّة فيما بينهم) يعني: شهادَةُ الذمِّي على مثله مقبولة⁶ عندنا وإن اختلف مللهم؛ لأنَّ مِلَلَ الكفر ملَّةٌ واحدةٌ. وقال الشافعيُّ: لا تقبلُ.

تقيَّد بالذمِّي؛ لأنَّ شهادَةَ المستأمن على مثله مقبولةٌ إذا كانا من دارٍ واحدةٍ، فإن كانا من دارين مختلفين؛ لا تُقبِلُ، وعلى الذمِّي مردودةٌ.

وتقيَّد بقوله: «فيما بينهم»؛ لأنَّ شهادته على المسلم غيرُ مقبولةٍ، وشهادَةُ الذمِّي على المستأمن مقبولةٌ اتِّفاقًا؛ لأنَّه بعقد الذمَّة صار كالمسلم.

له: إنَّ أثرَ الكفر - وهو الرُّقُ - يُخرِجُ من أهلية الشَّهادة، فأصلُ الكفر أُولى، كما إذا كانا من دارين مختلفين⁷ كالإفرنج والحبش؛ لانقطاع الولاية بينهما، ولهذا لا يتوارثان.

ولنا: ما روي أنَّه صلى الله عليه وسلم رجم يهوديين زنيا بشهادة أربعةٍ منهم⁸.

(وتُقبِلُ من العامل) أراد به: عاملُ السلطان الذي يأخذ الحقوق الواجبةَ كالخراج والجزية ونحوهما؛ لأنَّ العملَ ليس بفسقٍ، ولهذا كان كبارُ الصحابة عمَّالًا.

وفي «الكافي»: كان هذا في زمانهم، وفي زماننا لا تُقبِلُ شهادةَ العمال لعلبة ظلمهم.

وفي «النهاية»: لا تُقبِلُ شهادةً من يخلُ بالواجبات، كالزكاة ونفقة الأقارب والزوجات.

(والأقلف) وهو الذي لا يختنُ؛ لأنَّه لا يخلُ بالعدالة. هذا إذا تركه بعدد منه من كبيرٍ أو خوفٍ هلاكٍ، وإن تركه استخفافًا للسنة؛

لا تقبلُ. (والخصمي) لأنَّ عمرَ رضي الله عنه قَبِلَ شهادةَ علقمة، وكان خصميًا. (وولد الزنا) لأنَّ فسقَ أبويه لا يستلزمُ فسقه. (والخنثي) لأنَّه إما رجلٌ أو امرأةٌ، وشهادةُ كليهما مقبولةٌ، وإن كان مشككًا؛ يُجعلُ امرأةً في حقِّ الشَّهادة احتياطًا.

¹ لم نجدَه إلا في المحيط البرهاني لابن مازة، 316/8. وروي «أن رسول الله صلى الله عليه وسلم مر بقوم يلعبون بالشطرنج، فقال: لعن الله على من يلعب بها»، وفيه راويان مجهولان، انظر: ضعفاء العقيلي، 261/4.

² ح: وفعِّل.

³ د: الهواء.

⁴ ح: اثني.

⁵ ح: بشيعتهم.

⁶ د: مقبولًا.

⁷ د: مختلفتين.

⁸ صحيح البخاري، المناقب 23؛ صحيح مسلم، الحدود 26-27. وليس فيهما ذكر عدد الشاهدين. وله انظر المبسوط للسرخسي، 135/16.

(ومن غلبت حسناته) على سيئاته، (واجتنب الكبائر) ولم يصِرَّ على صغيرة أيضاً؛ لأنَّها بالإصرار عليها تكون كبيرة (قبلتْ شهادته، وإنَّ ألمَّ بمعصية) «إنَّ» للوصل، اللئم: الصغيرة، يقال: ألمَّ إذا أذنب ما دون الكبيرة، وإلماً الصغيرة لا يقدح في العدالة؛ لأنَّ العصمة منها لو كانت مشروطة في العدالة لانسدَّ بابُ الشهادة؛ إذ لا يوجد من البشر من هو معصومٌ سوى الأنبياء.

وفي «المحيط»: من يجزُّ ساعةً ويفيق ساعةً، فشهد في حال الصحة؛ تُقبلُ شهادته.

(ولا يُسمعُ على جرح) مجرَّد، كما إذا أقام بينةً على أنَّ الشاهدَ فاسقٌ، أو أخذ أجره على شهادته، أو أقرَّ أنه شاهدٌ زور.

(ولا يُحكمُ به) لأنَّ الفسقَ المجرَّدَ مما لا يدخل تحت الحكم؛ لأنَّه يرتفع بالتوبة، ولعلَّه قد تاب في مجلسه، فلا يتحقَّق الإلزام، وأمَّا إذا أقام المُدعى عليه بينةً على جرح غير مجرَّد بأن كان فيه إثبات حقِّ الله أو العبد، كالشهادة على أنَّهما زنياً، أو شرباً الخمر، ولم يتقدم العهد، أو قتلاً النفس عمداً، أو أخذاً ماله؛ تقبلُ.

(ولم يقبلوا شهادة الصبيان) بعضهم على بعضٍ (في الجراح فيما بينهم قبل التفريق) وقال مالك: تقبلُ.

قيد به؛ لأنَّ شهادتهم بعد تفرُّقهم غيرُ مقبولةٍ اتِّفاقاً.

له: إنَّ شهادتهم لو لم تُقبل في موضع لا يحضرهم غيرهم لضاع الحقوق.

ولنا: إنَّ الكذب غيرُ محرَّم عليهم، فكيف يثبت عليه الظُّ بصدقهم؟

(وشاهد الزور) وهو الذي أقرَّ على نفسه بكذبه متعمداً، أو شهد بموتِ رجلٍ، وجاء حيًّا، ولو قال: أخطأتُ فيه؛ لا يعزُّ؛ لأنَّ

العقوبة لا يجري على الخاطيء. (يشهَّر) في السوق عند أبي حنيفة إن كان سوقياً، أو بين قومه إن لم يكن كذا، ويقال لهم: وُجد هذا شاهدٌ زور، فاحذروه. (وزادا ضربه) بقدر ما يراه الإمام، (وحبسه) لما روي: أنَّ عمر ضرب شاهدَ الزور أربعين سوطاً، وسحَّم وجهه، وأمر بأن يطاف به.

وله: إنَّ التشهير يكفي لدفع شرِّه عن العباد، فلا يحتاج إلى الضرب، وحديث عمر محمولٌ على السياسة، ولهذا سحَّم وجهه.

(فصلٌ) في الاختلاف في الشهادة

(ويجب توافقُ الشَّهادة والدَّعوى) لأنَّها لو خالفتها فقد كذبتُها، والدعوى الكاذبة لا يُعتبر وجودها، والشروطُ توافقُهما في

المعنى دون اللَّفظ، حتى لو ادَّعى المُدعي الغصب، فشهدا بإقرار المُدعى عليه بذلك؛ تقبلُ.

(واتفاقُ الشَّاهدين لفظاً ومعنى) في قبول شهادتهما (شرطٌ) عند أبي حنيفة بحيث يفيدُ لفظاً كلٌّ منهما ذلك المعنى بالوضع

لا التضنُّم والالتزام، حتى لو شهد أحدهما بالهبة والآخر بالعطيَّة تقبلُ، ولو شهد أحدهما بالغصب والآخر بالإقرار به لا تقبلُ. وقالوا: غيرُ شرطٍ لفظاً.

(فلو شهد هذا بألفٍ، وذاك بألفين، والدعوى بألفين) أي: والحال أنَّ الدعوى ملصقةٌ بألفين، (فهي مردودةٌ) عند أبي حنيفة.

(وقبلاها في الألف) لأنَّهما اتَّفقا فيه، ولا تُقبلُ في الألفين؛ لأنَّهما اختلفا فيه، فصار كما إذا شهد أحدهما بألفٍ والآخر بألفٍ وخمسمائة، والمُدعي يدَّعي ألفاً وخمسمائة.

وله: إنَّ الألفَ غيرُ الألفين لفظاً ومعنى، فلم يتَّفقا في واحدٍ منهما، فلا تُقبلُ، كما لو شهد أحدهما بالدرهم والآخر بالدنانير،

بخلاف الألف وخمسمائة؛ لأنَّهما اتَّفقا في لفظ الألف.

(أو هذا بألفٍ، وذاك) يعني: شهد أحدهما بألفٍ والآخر (بألفٍ وخمسمائة، والدعوى بالأكثر) يعني: والحال أنَّ المُدعي

يدَّعي ألفاً وخمسمائة، (قبلت) الشهادة (في الألف) اتِّفاقاً؛ لاتفاق الشَّاهدين على الألف لفظاً ومعنى، وتفرَّد أحدهما بخمسمائة.

قيد بقوله: «والدعوى بالأكثر»؛ لأنَّ الدعوى لو كانت بالألف فقط لا تُقبلُ شهادتهما؛ لأنَّ المُدعي كذبَ الشاهدَ بالزيادة، إلا أن يقول المُدعي: كان حقِّي ألفاً وخمسمائة، فاستوفيت الخمسمائة، فحينئذٍ تسمعُ شهادتهما لحصول التوافق بين الدعوى والشهادة.

(ولو شهدا بألفٍ، وقال أحدهما: قضاها نصفها؛ قبلت في الألف، لا في القضاء) يعني: لا تُقبلُ شهادة من قال: قضى

خمسمائة؛ لأنَّه منفردٌ في ذلك، إلا أن يشهدَ معه آخرٌ، فتنمُّ¹ البينة على القضاء، فتسمع. (فينبغي² أن يمتنع) الشاهد الذي يعلم قضاء

نصفها (عنها) أي: عن الشهادة بألفٍ (حتى يقرَّ المُدعي بالقبض) أي: قبضه نصفها؛ لأنَّ الشهادة بألفٍ قبل إقراره؛ يكون إعانةً على ظم المُدعى عليه.

¹ د: فيتم.

² د: وينبغي.

(ولو شهد أحدهما بنكاحٍ بألفٍ والآخرُ به) أي: بالنكاح (بألفٍ وخمسائة؛ فهي مقبولةٌ بألفٍ) عند أبي حنيفة. (وردًاها كالبيع) أي: كما ردّ مثلُ تلك الشَّهادة في البيع إذا شهد أحدهما أنه اشتراه بألفٍ والآخرُ أنه اشتراه بألفٍ وخمسائة؛ لأنَّ العقدَ يختلفُ باختلاف الثمن.

وله: إنَّ المقصودَ الأصليَّ في النكاحِ الحلِّ، وهما متفقان عليه، والمالُ تابعٌ، واختلافُهما في التَّابع لا يقدحُ، بخلافِ البيع؛ لأنَّ الثمنَ فيه مقصودٌ، ولهذا لم يصحَّ البيعُ بلا ثمنٍ، وصحَّ النكاحُ بلا مهرٍ، فيكون اختلافُهما فيما هو المقصودُ مضرًا. (وإذا شهدتُ بينةٌ بقتله زيدًا يومَ النحرِ بمكَّةَ، وأخرى به) أي: شهد شاهدان آخرا بقتله زيدًا (يومَ النحرِ بالكوفة؛ لم تقبلا) لأنَّ إحدى البينتين كاذبةٌ بيقينٍ، ولا ترجيحُ لإحدهما.

(فإن حُكِمَ بالسابقة) أي: حكم الحاكمُ بالبينة الأولى (لغت الأخرى) أي: لا يُسمعُ البينة الثانية؛ لأنَّ الأولى ترخَّصتُ باتِّصالِ القضاء بها، كما لو كان لرجلٍ ثوبان أحدهما نجسٌ، فتحرَّيَ وصلَّى بأحدهما، ثمَّ وقع تحرَّيه على طهارة الآخر؛ لا يُعتبرُ الثَّاني؛ لأنَّ الأوَّلَ اتَّصلَ بحكمِ الشرعِ، فلا ينتقضُ.

(ولو أقام ذو اليد بينةً على بيع داره من فلانٍ بألفٍ في رمضان، وفلانٌ) أي: أقام فلانٌ بينةً بعدما ادَّعى (أنَّه ارتهنها منه) أي: أخذ تلك الدار من فلانٍ رهناً (بخمسائة في شوال؛ رجح) محمدٌ (الرهن) أي: بينته؛ لأنَّ العملَ بالبينة واجبٌ ما أمكن، وهنا يمكنُ بأن يثبت البيعُ في رمضان، ثمَّ يعادَ إليه، فيرهنه في شوال. (وهما البيع) أي: رجَّحاً بينته؛ لأنها أسبقُ وأكثرُ إثباتاً؛ لأنَّ البيعَ يوجبُ الملكَ في البدلين، والرهنُ لا يوجبُه.

(ولو شهدا برهنٍ وقبضٍ، واختلفا في المكان أو الزمان؛ أبطلها) أي: محمدٌ شهدتهما. وقالوا: لا يبطلُ. وضع في القبض المعايين؛ إذ لو شهدا على إقرار الراهن والواهب والمتصدِّق بالقبض؛ جاز الشهادةُ اتِّفاقاً. له: إنَّ القبضَ فعلٌ، والفعلُ الواحدُ الموجودُ في زمانٍ لا يكون موجوداً في زمانٍ¹ آخر²، فيختلفُ المشهودُ به. ولهما: إنَّ القبضَ بحكمِ الرهنِ يمكنُ أن يتكرَّرَ بأنَّ الراهنَ أعادَ الرهنَ باستعارةٍ من المرتهن، ثمَّ أعاده إلى يد المرتهن، فهذا القبضُ يكون مضموناً كالقبضِ الأوَّل، فإذا أمكن تكرُّره لا يختلفُ المشهودُ به باختلاف زمانه أو مكانه. (وأجزناها معه) أي: الشهادة مع اختلاف الشاهدين (في البيع) أي: زمانه أو مكانه. وقال زفر: لا يجوزُ؛ لأنَّ الثابتَ بشهادتهما بيعان، فلم يتمَّ نصابُ الشَّهادة على أحدهما.

ولنا: إنَّ البيعَ قولٌ، والقولُ يتكرَّرُ، فيكون مدلولُ البيعين واحداً، فيتَّمُّ النصابُ عليه. وفي «التبيين»: كلُّ ما هو قولٌ كالطلاق والعناق والوصية والوكالة والقرض والكفالة والرهن والحوالة إذا اختلف الشَّاهدان في زمانه أو مكانه؛ لا تُقبلُ شهادتُهما؛ لأنَّ القولَ مما يُعادُ ويكرَّرُ، وكلُّ ما هو فعلٌ كالقتل والغصب والجناية إذا اختلف الشَّاهدان في زمانه أو مكانه؛ لا تُقبلُ؛ لأنَّ الفعلَ الموجودَ في زمانٍ غيرُ الموجود في زمانٍ آخر، وكذا النكاحُ، فإنَّه وإن كان قولاً، لكن الفعلُ. وهو حضورُ الشاهدين. شرطٌ فيه، فصار في حكمِ الفعل.

(ولو شهد مولياً أمةً على طلاقِ زوجها، وهي تجحدُ) أي: تنكُرُ طلاقه، (يقبلها) أي: أبو يوسف شهدتهما؛ لأنَّها شهادةٌ عليها لا لها. (وردًاها) محمدٌ؛ لأنَّ في تلك الشَّهادة نفعاً لها، وهو تخليصُها من رقِّ التَّكاح.

(ولو اشترى ذميٌّ داراً من مسلمٍ، فادَّعاهَا ذميٌّ أو مسلمٌ بشهادة ذميين؛ يقبلها في حقِّه) أي: يقبل أبو يوسف تلك الشهادة في حقِّ الذمِّيِّ. (وردًاها) أي: قالوا: لا يقبلُ أصلاً. ولو لم يردف قولهما؛ لكان أوَّلُ؛ لأنَّه في طرفِ النفي من قوله.

له: إنَّها قامت على كافرٍ بأنَّه استحقَّها، وعلى مسلمٍ بالرجوع عليه بالثمن، فتقبلُ على الكافر دون المسلم، كما أنَّ شهادةَ ذميين بدينٍ في تركةٍ كافرٍ خلفَ ابنين فأسلم أحدهما مقبولةٌ على الكافر دون المسلم، والحكمُ بالاستحقاق لا يكون حُكماً بالرجوع بالثمن على البائع، ولهذا شرطُ للقاضي أن يقول: حكمْتُ بالاستحقاق، وفسختُ عقدهما، وحكمتُ برجوع الثمن على البائع، ولو كان الحكمُ بالاستحقاق حُكماً بالرجوع؛ كما احتج القاضي إلى التَّصريح به.

ولهما: إنَّها قامت على مسلمٍ؛ لأنَّها أظهرت أنَّ المسلمَ باع ما لا يملكه، فلا تُقبلُ، بخلاف ما استشهد به؛ لأنَّ القضاء فيه توجُّهٌ على الكافر المورث، ولم يظهر في حقِّ المسلم؛ لأنَّ البينة ليست بحجَّةٍ في حقِّه.

1 د: الزمان.

2 د - الآخر.

(فصلٌ) في الشَّهادة على الشَّهادة

(وتجوز الشهادة على الشهادة) وكان القياس أن لا تجوز؛ لأنَّ الشهادة عبادةٌ بدنيةٌ، والنيابة لا تجري فيها، لكن جازت استحساناً لمس الحاجة إليها؛ لأنَّ الأصل قد يعجز عن أداء الشهادة بموت أو مرض أو بُعد مسافةٍ، ولو لم يعجز شهادة الفرع؛ لصاع الحقوق.

(فيما لا يسقط بالشبهة) احترز به عن الحدود والقصاص، فإنَّهما يسقطان بالشبهة، ولهذا لم تجر¹ فيها شهادة النساء؛ لما فيها من شبهة البدلية، وفي الشهادة على الشهادة حقيقة البدلية، فأولى أن لا تجوز فيها.

(ولا تجوز من واحدٍ على واحدٍ) لقول علي رضي الله عنه: لا تجوز على شهادة رجلٍ إلا شهادة رجلين.

(ونجيزها من اثنين على اثنين) يعني: إذا شهد رجلان على شهادة رجلٍ، وشهد شاهدان الفرعان على شهادة رجلٍ آخرٍ في هذه الحادثة؛ تُقبل عندنا. وقال الشافعي: لا تقبل، بل لا بُدَّ عنده أن يكون شهود الفرع أربعة؛ لأنَّ كلَّ فرعين قاما مقام أصلٍ واحدٍ، فصارا كالمرايتين.

ولنا: إنَّ الفرعين شهدا بحقٍ، وهو نقلُ شهادة الأصل، وشهدا بحقٍ آخرٍ، وهو نقلُ شهادة الآخر، فيجوز، كما إذا شهدا بدين ثمَّ بدينٍ آخرٍ.

(ويقول الأصليُّ) أي: يقول الشاهد الأصليُّ: (اشهد على شهادتي) وهذا القول ليس بلازم؛ لأنَّ من عاينَ الحقَّ جاز أن يشهد وإن لم يُشهِد. (إني أشهد أن فلاناً أقرَّ عندي بكذا) وهذا شهادة عند الفرع كما يشهد عند القاضي، فلا بُدَّ منها لينقلها إلى مجلس القاضي. (وأشهدني على نفسه، والفرعيُّ) أي: يقول الشاهد الفرعيُّ (عند الأداء: أشهد أن فلاناً أشهدني على شهادته أن فلاناً أقرَّ عنده بكذا، وقال لي: اشهد على شهادتي بذلك) وفي هذه الأداء خمسُ شيناتٍ، والأقصر أن يقول: أشهد على شهادة فلانٍ بكذا، فيذكر فيه شينين لا غير. ذكره محمدٌ في «السير الكبير»، وهو مختارٌ بعض الفقهاء؛ لأنَّه أيسرُ. كذا في «التبيين».

(ولا تقبل من الفروع) الشهادة (إلا لتعذر حضور الأصول إلى مجلس الحكم بموت أو سفر) أي: غيبتهم مدةً مسيرة سفرٍ (أو مرضٍ) لأنَّ الحاجة إلى شهادتهم إنَّما يكون عند عجز الأصول، وهو إنَّما يتحقَّق بهذه الأسباب، وعن أبي يوسف: إذا كان الأصل في مكانٍ إذا انطلق لأداء الشهادة لا يقدرُ البيوتة في منزله؛ صحَّ الإشهاد، وبه أخذ كثيرٌ من المشايخ. وعن محمد: إنَّها تجوز كيف ما كان، حتى إذا كان الأصل في زاوية المسجد يشهد الفروع على شهادته في زاويةٍ أخرى منه تقبل.

وفي «النهاية»: إذا شهد الفروع مع كون الأصول في المصر يجب أن لا يجوز عند أبي حنيفة، ويجوز عندهما، بناءً على أنَّ التوكيل بغير رضا الخصم لا يجوز عنده، ويجوز عندهما، فلا يملك الأصل إنابة غيره مناب نفسه في الشَّهادة بلا عذرٍ، كما لم يملك المدعى عليه أن ينيب غيره مناب نفسه في الجواب بدون عذرٍ، والجامع أنَّ استحقاق الجواب على المدعى عليه كاستحقاق الحضور على الشهود، ويملك عندهما كما يملك المدعى عليه.

(ويجوز تعديل الفروع الأصول) لأنَّ الفرع من أهل التركية، وكذا إذا عدل أحد الشاهدين صاحبه، ولا يتَّهم بأنَّ فيه تنفيذ شهادته؛ لأنَّ العدل لا يتَّهم بمثله؛ إذ لو اتَّهم؛ لانسد باب الشهادة.

(ويجوز سكوتهم) يعني: لو سكت الفروع عن تعديل الأصول جاز شهادتهم عند أبي يوسف؛ لأنَّهم لمَّا نقلوا قولَ الأصول؛ فكأنَّهم حضروا بأنفسهم وشهدوا، فلا يلزم الفروع تعديلهم، وإن قالوا: لا نعرفُ الأصول عدلٌ أم لا؛ لا يردُّ القاضي شهادتهم، ويسأل عن الأصول غيرهم، وهو الصحيح. (وينظر الحاكم في حالهم) أي: حال الأصول. (وأوجهه) أي: محمد التعديل؛ لأنَّ الشهادة إنَّما تُقبل بالعدالة، فإذا لم يعرفوا عدالتهم لم يعرفوا شهادتهم، فلا يصحُّ نقلهم.

(فإن أنكر الأصول شهادتهم؛ زُدَّت من الفروع) بأن قال الأصول: ما لنا شهادة على هذه الحادثة، وماتوا، ثمَّ جاء الفروع يشهدون على شهادتهم بهذه الحادثة، وأما مع حضورهم؛ فلا يُلتفت إلى شهادة الفروع؛ لثبوت التعارض بين خبر الأصول وخبر الفروع.

(كتاب الرجوع عن الشَّهادات)

(ولا يصحُّ إلا في مجلس القضاء) أيَّ قاضٍ كان؛ لأنَّ الرجوع عن الشهادة توبةٌ عمَّا ارتكب من قول الزور، والتوبة بحسب الجنابة على ما قال صلى الله عليه وسلم: «السرُّ بالسرِّ، والعلائية بالعلائية»²، فلما كان شهادة الزور بحضرة القاضي؛ يجب أن تكون

¹ د: تجز.

² مصنف ابن أبي شيبة، 63/19؛ المعجم الكبير للطبراني، 159/20، 175.

توثبها كذلك. ولو أقام المقضي عليه بينة أن الشاهدين رجعا عند غير القاضي؛ لا يُسمع، ولو أقام بينة أنهما أقرّا برجوعهما عند غير القاضي؛ يسمع؛ لأن إقرارهما به يكون رجوعاً منهما في الحال.

(وتسقط قبل الحكم بها) يعني: إذا رجعا قبل حكم القاضي بشهادتهما؛ تسقط، ولا يقضي بها؛ لأن كلامهما الأول والثاني تناقضاً، (وبعده) أي: بعد الحكم إذا رجعا (لا يفسخ الحكم) لأن كلامهما الأول يرجح باتصال الحكم به.

(ويضمنون ما أتلفوه بشهادتهم) لأنهم صاروا سبباً لإتلاف المال على وجه التعدي، فلزمهم الضمان، كحافر البئر. وفي «شرح المصنف»: هذا إذا قبض المُدعي المال ديناً كان أو عيناً؛ لأن الإتلاف لا يتحقق بدون قبضه. إلى هنا كلامه. لكن هذا مختارٌ شمس الأئمة، وقال شيخ الإسلام: هذا مسلمٌ إذا كان المال ديناً، وأما إذا كان عيناً؛ فيجب الضمان على الشهود وإن لم يقبضها المشهود له؛ لأن ملك المشهود عليه يكون زائلاً عن العين بمجرد القضاء، ولهذا لم يجز أن يتصرف فيها، وجاز للمقضي له ذلك.

(فالاثنتان كل المال) يعني: إذا شهد شاهدان بمالٍ، فحكم الحاكم به، وقبضه المحكوم له، ثم رجعا عن شهادتهما؛ ضمنا كل المال. (أو أحدهما) أي: إذا رجع أحد الشاهدين، (أو اثنتان) أي: إذا رجعا اثنتان (من ثلاث) شهود، (أو امرأتان مع الرجل¹) يعني: إذا شهد رجلٌ وامرأتان، فرجعتا (نصفه) يعني: يضمن نصف المال في هذه الصور؛ لأن نصف الحق ثابت بمن بقي، وهو المعتبر في باب الرجوع، حتى لو رجع واحدٌ من ثلاث لا يضمن. (أو إحداهما) أي: إذا رجعت إحدى المرأتين في الصورة السابقة، (أو تسعة من عشرة²) أي: إذا شهد رجلٌ وعشرة نسوة، فرجعت منهن تسع (الربع) أي: تضمن³ الرجعات ربع المال؛ لأن ثلاثة أرباع الحق ثابت بمن بقي، وهو الرجل والمرأة، ولو رجعت ثمان نسوة لا ضمان عليهن؛ لثبوت كل الحق بمن بقي.

(فإن رجع الكل) أي: الرجل وعشر نسوة؛ (فعليه السدس) أي: على الرجل ضمان سُدس المال عند أبي حنيفة، وعليهن خمسة أسداسه؛ لأن كل امرأتين تقومان مقام رجلٍ، فصار كما إذا شهد ستّة رجالٍ، فرجعوا. (وقال: النصف، وعليهن الباقي) يعني: يضمن الرجل النصف، والنسوة النصف؛ لأنهن. وإن كثرن. ويقمن مقام رجلٍ، ولهذا لا تُقبل شهادتهن إلا بانضمام رجلٍ. قيد رجوع الكل؛ لأن الرجل لو لم يرجع؛ كان عليهن النصف اتفاقاً؛ لبقاء من يثبت⁴ به نصف الحق.

(ولو شهد رجلان وامرأة، ثم رجعوا؛ ضمنا خاصة) يعني: لا تضمن المرأة؛ لأنها صارت كالمعدومة في الشهادة مع وجودهما. (ولو رجع شاهداً نكاحها بمهر المثل أو أقل) أي: إذا شهد شاهدان على امرأة بأن فلاناً نكحها بمهر مثلها أو بأقل منه، ثم رجعا، وفي «شرح الوافي» و«الكنز»: كذا لو شهدا عليها بأنه نكحها على أكثر من مهر مثلها، والمصنف ترك هذا القيد. (أو نكاحه إياها بمهر مثل) أي: لو شهد شاهدان على رجلٍ بأنه تزوجها بمهر مثلها، (لم يضمن) أمّا في صورة الرجوع في نكاحها؛ فلأن خروج بُضع من ملكها غير متقوم، بدليل أن المريضة لو زوجت نفسها بأقل من مهر المثل لم يجب لها كمال المهر، وأمّا في الرجوع في نكاحه؛ فلأن الشاهدين أتلفا ماله بعوض متقوم، وهو دخول البضع في ملكه، والإتلاف بعوض يكون كلاً إتلاف. (وضمننا الزيادة) يعني: إذا شهدا بأكثر من مهر المثل، ثم رجعا؛ ضمنا الزيادة على قدر مهر المثل؛ لأنهما أتلفاها بغير عوض.

(وإذا شهدا عليها بنكاحٍ بمهرٍ قاصر) مثلاً: إذا ادّعى نكاحها على مائة، وقالت: تزوّجتني على ألف، ومهرٌ مثلها ألف، فبرهن على مائة، فقضي به، (ثم رجعا) بعد الدخول قبل الطلاق (لا يضمنهما) أي: أبو يوسف رحمه الله الشاهدين (التقصان) وهو تسعمائة. وقال: ضمنا لها.

قيدنا بقولنا: بعد الدخول قبل الطلاق؛ لأنهما لو رجعا بعد الطلاق لا يضمنان لها شيئاً اتفاقاً. من «الحقائق». وهذا الخلاف مبني على أن القول لها إلى تمام مهر مثلها عندهما إذا اختلف الزوجان في قدر المهر، وكان يقضى لها لولا شهادتهما، فهما أتلفا تسعمائة، فيضمنان، وعنده: القول قول الزوج، فلم يُتلفا عليها شيئاً.

(أو بالبيع) أي: إذا شهدا بأنه باع شيئاً (بمثل القيمة أو أكثر) ثم رجعا (لم يضمن) لأنهما لم يُتلفا عليه شيئاً بلا عوض. (أو بأقل) يعني: إذا شهدا بأنه باع بأقل من القيمة (ضمننا التقصان) لأنهما أتلفا عليه جزءاً من المبيع بلا عوض عنه.

¹ د: رجل.

² د: تسع من عشر.

³ د: يضمن.

⁴ د: ثبت.

قَيْدٍ بِالْبَيْعِ؛ لِأَنَّ الْمَشْتَرِيَّ لَوْ ادَّعَى أَنَّهُ اشْتَرَى الْعَبْدَ بِالْفِ وقيمتُهُ ألفان، فشهد شاهدان، ثُمَّ رَجَعَا؛ ضَمْنَا الْأَلْفَ، وَإِنْ كَانَ بِأَكْثَرٍ، فَإِنْ كَانَ الدَّعْوَى مِنَ الْمَشْتَرِي؛ فَلَا ضَمَانَ؛ لِأَنَّهُ رَضِيَ بِالزِّيَادَةِ، وَإِنْ كَانَ الدَّعْوَى مِنَ الْبَائِعِ؛ ضَمْنَا لِلْمَشْتَرِي مَا زَادَ عَلَى الْقِيَمَةِ. كَذَا قَالَه صَدْرُ الشَّرِيعَةِ.

(أَوْ بِطَلَاقٍ) يَعْنِي: إِذَا شَهِدَا أَنَّهُ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ (قَبْلَ الدَّخُولِ؛ ضَمْنَا نِصْفَ الْمَهْرِ) لِأَنَّ الْفَرْقَةَ قَبْلَ الدَّخُولِ فِي مَعْنَى الْفَسْخِ لَا يُوجِبُ عَلَى الزَّوْجِ شَيْئًا إِذَا كَانَتْ مِنْ جِهَتِهَا، كَتَقْبِيلِ ابْنِ زَوْجِهَا، وَهِيَ بِإِضَافَةِ الْفَرْقَةِ إِلَيْهِ أَلْزَمَاهُ نِصْفَ الْمَهْرِ، فَيُضْمَنَانِ لَهُ ذَلِكَ إِذَا رَجَعَا. (أَوْ بَعْدَهُ) أَي: إِذَا شَهِدَا بِطَلَاقٍ بَعْدَ الدَّخُولِ، ثُمَّ رَجَعَا (لَمْ يَضْمَنَا) لِأَنَّهُمَا أَتَلَفَا عَلَيْهِ مَنَافِعَ الْبُضْعِ، وَهِيَ غَيْرُ مَتَقَوِّمَةٍ فِي الْخُرُوجِ عَنِ الْمَلِكِ.

(أَوْ بِإِعْتِاقٍ) يَعْنِي: إِذَا شَهِدَا بِإِعْتِاقِ عَبْدِهِ، فَحَكَمَ الْحَاكِمُ بِعَتَقِهِ، ثُمَّ رَجَعَا (ضَمْنَا الْقِيَمَةَ) لِأَنَّهُمَا بِشَهَادَتِهِمَا أَتَلَفَا عَلَيْهِ مَالِيَةَ الْعَبْدِ بِغَيْرِ عَوْضٍ، وَالْوَلَاءُ لِلْمَالِكِ لَا يَتَحَوَّلُ إِلَيْهِمَا بِهَذَا الضَّمَانِ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمَالٍ مَتَقَوِّمٍ.

(أَوْ بِقِصَاصٍ بَعْدَ الْقَتْلِ) يَعْنِي: إِذَا شَهِدَا أَنَّهُ قَتَلَ فَلَانًا عَمْدًا بِسِلَاحٍ، فَحَكَمَ الْحَاكِمُ بِقِصَاصٍ، فُقُتِلَ، ثُمَّ رَجَعَا (ضَمْنَا الْبَدِيَّةَ، وَلَا نَقِصُصُ مِنْهُمَا) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَقْتَضِ الشَّاهِدَانِ إِنْ قَالَا: تَعَمَّدْنَا بِهِ؛ لِأَنَّهُمَا تَسَبَّبَا بِقَتْلِهِ، فَصَارَ كَالْمَكْرِهِ عَلَيْهِ.

وَلَنَا: إِنَّهُمَا لَمْ يَبْأَشِرَا الْقَتْلَ، وَلَمْ يَصِيرَا سَبَبًا يَضَافُ إِلَيْهِ الْقَتْلُ؛ لِأَنَّهُ وَجِدَ بِاخْتِيَارِ الْوَلِيِّ، وَتَخَلَّلَ الْفِعْلُ الْإِخْتِيَارِيَّ بَيْنَهُمَا فَطَعَّ نِسْبَةَ الْقَتْلِ إِلَيْهِمَا، كَمَا لَمْ يُنْسَبْ إِبَاقُ الْعَبْدِ إِلَى مَنْ حَلَّ قَيْدَهُ، بِخِلَافِ الْمَكْرِهِ؛ لِأَنَّهُ مَلْجَأٌ إِلَى الْقَتْلِ، فَصَارَ الْمَكْرَهُ كَالْآلَةِ لِلْمَكْرِهِ.

(وَلَوْ رَجَعَ الْفُرُوعُ ضَمِنُوا) لِأَنَّ التَّلَفَ مَضَافٌ إِلَى شَهَادَتِهِمْ، (أَوْ الْأَصُولُ) أَي: لَوْ رَجَعَ الْأَصُولُ (وَأَنْكَرُوا شَهَادَتِهِمْ؛ لَمْ يَضْمِنُوا) لِأَنَّهُمْ أَنْكَرُوا سَبَبَ الضَّمَانِ، وَهُوَ إِشْهَادُهُمْ.

(فَإِنْ قَالُوا: غَلَطْنَا) فِي إِشْهَادِهِمْ (ضَمْنَهُمْ) أَي: مُحَمَّدٌ الْأَصُولُ.

قَيْدَنَا بِالْأَصُولِ؛ لِأَنَّ تَضْمِينَ الْفُرُوعِ اتِّفَاقِيٌّ.

وَقَالَا: لَا ضَمَانَ عَلَيْهِمْ؛ لِأَنَّ الْمَوْجُودَ مِنْهُمْ شَهَادَةٌ فِي غَيْرِ مَجْلِسِ الْقَاضِي، فَلَا يَكُونُ سَبَبًا لِإِتْلَافِ شَيْءٍ، بَلْ صَارَ السَّبَبُ لَهُ شَهَادَةُ الْفُرُوعِ، فَيَخْتَصُّ الضَّمَانَ بِهِمْ.

وَلَهُ: إِنَّ الْفُرُوعَ نَقَلُوا شَهَادَةَ الْأَصُولِ، فَصَارَ كَأَنَّ الْأَصُولَ حَضَرُوا مَجْلِسَ الْحَكْمِ، فَشَهِدُوا، ثُمَّ رَجَعُوا.

(أَوْ الْجَمِيعِ) أَي: لَوْ رَجَعَ جَمِيعُ الْأَصُولِ وَالْفُرُوعِ (ضَمِنَ الْفُرُوعُ) خَاصَّةً عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ. (وَخَيْرٌ) مُحَمَّدٌ (الْمَشْهُودُ عَلَيْهِ فِي تَضْمِينِ مَنْ شَاءَ) يَعْنِي: إِنْ شَاءَ ضَمَّنَ الْأَصُولُ؛ لِأَنَّ الْفُرُوعَ نَائِبُونَ عَنْهُمْ، وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَ الْفُرُوعُ؛ لِأَنَّ الْقَاضِي عَائِنٌ شَهَادَتِهِمْ.

وَلَهُمَا: إِنَّ الْإِتْلَافَ حَصَلَ بِشَهَادَةِ الْفُرُوعِ، وَهِيَ مَبَاشَرُونَ مِنْ كُلِّ وَجْهِ، وَالْأَصُولُ سَبَبٌ لِلتَّلَفِ مِنْ وَجْهِ، فَإِذَا اجْتَمَعَا؛ فَالضَّمَانُ عَلَى الْمَبَاشِرِ.

صُورَةُ رُجُوعِ الْأَصُولِ: أَنْ يَقُولُوا: أَشْهَدْنَاكُمْ بِبَاطِلٍ؛ إِذْ لَوْ قَالُوا: لَمْ نُشْهَدْكُمْ أَصْلًا؛ فَلَا ضَمَانَ عَلَى الْأَصُولِ. مِنْ «الْمَحِيطِ».

(وَإِنْ قَالَ الْفُرُوعُ) بَعْدَ الْحَكْمِ بِشَهَادَتِهِمْ: (كَذَبَ الْأَصُولُ أَوْ غَلَطُوا؛ لَمْ يُعْتَبَرِ) لِأَنَّ الْقَضَاءَ مَاضٍ لَا يَنْتَقِضُ بِقَوْلِهِمْ كَمَا لَا يَنْتَقِضُ بِرُجُوعِهِمْ، وَلَا يَلْزِمُهُمْ ضَمَانٌ؛ لِأَنَّهُمْ لَمْ يَرْجِعُوا، بَلْ شَهِدُوا عَلَى غَيْرِهِمْ بِالْكَذْبِ.

(وَالْمَزْكُونُ يَضْمَنُونَ بِالرُّجُوعِ) يَعْنِي: إِذَا رَجَعَ الْمَزْكُونُ عَنِ تَرْكِيَةِ الشُّهُودِ ضَمِنُوا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَا: لَا يَضْمَنُونَ؛ لِأَنَّهُمْ إِثْمًا

أَثَرُوا عَلَى الشُّهُودِ، فَصَارُوا فِي الْمَعْنَى كَشُهُودِ الْإِحْصَانِ إِذَا رَجَعُوا.

وَلَهُ: إِنَّ الشَّهَادَةَ إِثْمًا تُقْبَلُ بِالتَّرْكِيَةِ، فَصَارَتْ فِي الْمَعْنَى عَلَّةً لِلْعَلَّةِ، فَيُضَافُ الْحَكْمُ إِلَيْهَا كَمَا يُضَافُ إِلَى الْعَلَّةِ، بِخِلَافِ شُهُودِ الْإِحْصَانِ، فَإِنَّهُمْ لَمْ يُثْبِتُوا مَا هُوَ مُؤَيَّرٌ، وَهُوَ الزَّوْنُ، وَإِنَّمَا أَثْبَتُوا الْإِحْصَانَ، وَهُوَ شَرْطٌ مُحَضَّرٌ، وَلِهَذَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ النِّسَاءِ فِيهِ.

(وَيَضْمَنُ شُهُودُ الْبَيْمَنِ لَا الشَّرْطُ بِرُجُوعِهِمْ) يَعْنِي: إِذَا شَهِدَ شَاهِدَانِ أَنَّهُ عَلَّقَ عَتَقَ عَبْدَهُ بِشَرْطٍ، وَشَهِدَ آخَرَانِ أَنَّ الشَّرْطَ الَّذِي

عَلَّقَ الْعَتَقَ بِهِ وَجَدَ، فَحَكَمَ الْحَاكِمُ بِهِ، ثُمَّ رَجَعَ جَمِيعُهُمْ؛ يَضْمَنُ شُهُودُ الْبَيْمَنِ قِيَمَةَ الْعَبْدِ؛ لِأَنَّهُمْ أَثْبَتُوا الْعَلَّةَ، وَهُوَ قَوْلُهُ: أَنْتَ حَرٌّ، وَلَا يَضْمَنُ شُهُودُ الشَّرْطِ؛ لِأَنَّ الشَّرْطَ كَانَ مَانِعًا، وَهِيَ أَثْبَتُوا زَوَالَ الْمَانِعِ، وَالْحَكْمُ يَضَافُ إِلَى الْعَلَّةِ، لَا إِلَى زَوَالِ الْمَانِعِ.

(وَلَوْ شَهِدَا عَلَى شَهَادَةِ اثْنَيْنِ) أَي: شَاهِدَيْنِ أَصْلَيْنِ، (وَآخِرَانِ عَلَى أَرْبَعَةٍ) أَي: شَهِدَ شَاهِدَانِ آخِرَانِ عَلَى شَهَادَةِ أَرْبَعَةِ أَصُولٍ

(بِمَالٍ، ثُمَّ رَجَعُوا) بَعْدَ حَكْمِ الْقَاضِي بِذَلِكَ الْمَالِ (يَضْمَنُ الْأَوَّلِينَ ثَلَاثَةً) أَي: يَضْمَنُ أَبُو يُوسُفَ الشَّاهِدَيْنِ عَنِ الْأَصْلَيْنِ ثَلَاثَ ذَلِكَ

الْمَالِ، (وَالْآخِرِينَ ثَلَاثَةً) أَي: يَضْمَنُ فُرُوعَ الْأَصُولِ الْأَرْبَعَةَ ثَلَاثِي ذَلِكَ الْمَالِ؛ لِأَنَّ كُلَّ فَرِيقٍ قَامَ مَقَامَ أَصْلِهِ؛ لِأَنَّهُمْ نَقَلُوا شَهَادَتَهُمْ، فَصَارَ

كَأَنَّ الْأَصُولَ . وَهَم سَتَّةٌ . شَهِدُوا ، ثُمَّ رَجَعُوا . (وَجَعَلَهُ) أَي : مُحَمَّدٌ ضَمَانُ الْمَالِ بَيْنَ طَائِفَتِي الْفُرُوعِ (نَصْفَيْنِ) لِأَنَّ الْقَضَاءَ وَقَعَ بِشَهَادَتِهِمْ ، وَهَم فِي الْعَدَدِ سَوَاءٌ .

(أَوْ اثْنَانِ عَلَى اثْنَيْنِ) أَي : إِذَا شَهِدَ فِرْعَانٌ عَلَى شَهَادَةِ أُصْلَيْنِ ، (وَأَخْرَانِ عَلَى آخَرَيْنِ) أَي : شَهِدَ فِرْعَانٌ آخِرَانِ عَلَى شَهَادَةِ أُصْلَيْنِ آخَرَيْنِ ، (وَرَجَعَ مِنْ كُلِّ فِرْقَةٍ) مِنَ الْفِرْعَيْنِ (وَاحِدٌ ؛ يَضْمُهُمَا) أَي : أَبُو يُوسُفَ الرَّاجِعِينَ (نَصْفَهُ) أَي : نَصَفَ الْمَالَ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ ثَبَتَ بِالْفُرُوعِ الْأَرْبَعَةِ ، وَقَدْ بَقِيَ الْإِثْنَانُ مِنْهُمْ ، فَكَانَ الثَّابِتُ هُوَ النِّصْفُ . (لَا تُثْمَنِينَ وَنَصْفًا) يَعْنِي : قَالَ مُحَمَّدٌ : عَلَيْهِمَا ثَمْنَانُ وَنَصْفُ ثَمْنٍ مِنَ الضَّمَانِ ؛ لِأَنَّ نَصْفَ الْحَقِّ بَاقٍ بِبَقَاءِ أَحَدِ الْبَاقِيَيْنِ ؛ لِأَنَّ صَاحِبَهُ لَوْ لَمْ يَرْجِعْ ؛ لَبَقِيَ كُلُّ الْحَقِّ ، وَأَمَّا الْبَاقِي الْآخَرُ ؛ فَفَقَدَ بَقِيَّ بَقَائِهِ بَعْضُ الْحَقِّ ، وَهُوَ دُونَ النِّصْفِ ؛ لِأَنَّ النِّصْفَ لَوْ بَقِيَ بَقَائِهِ لَكَانَ كُلُّ الْحَقِّ ثَابِتًا بِهِمَا ، وَلَا يَجِبُ عَلَى الرَّاجِعِينَ شَيْءٌ ، وَلَيْسَ كَذَلِكَ ، فَنَقُولُ : ذَلِكَ الْبَعْضُ ثَمْنٌ وَنَصْفُ ثَمْنٍ ؛ لِأَنَّ هَذَا الْبَاقِيَ بِاعْتِبَارِ أَنَّهُ كَوَاحِدٍ مِنَ الْأَصُولِ الْأَرْبَعَةِ يَبْقَى بِهِ رِبْعُ الْحَقِّ ، وَبِاعْتِبَارِ أَنَّهُ وَاحِدٌ مِنَ الْفُرُوعِ الْأَرْبَعَةِ وَالْأَصُولِ يَبْقَى بِهِ ثَمْنُ الْحَقِّ ، فَإِذَا بَقِيَ بِهِ رِبْعُ الْحَقِّ بِحَالٍ وَثَمْنُهُ فِي حَالٍ ؛ جُعِلَ كَأَنَّهُ بَقِيَ ثَمْنٌ وَنَصْفُ ؛ لِأَنَّ الثَّمْنَ مَتِيقٌ ، وَالشُّكُّ وَقَعَ فِي الثَّمَنِ الْآخَرَ ، فَيَنْصَفُ إِلَى النِّصْفِ الَّذِي بَقِيَ بِبَقَاءِ الْآخَرَ ، فَيَكُونُ خَمْسَةَ أَثْمَانٍ وَنَصْفُ ثَمْنٍ ، فَالتَّالِفُ . وَهُوَ ثَمْنَانُ وَرَبْعُ ثَمْنٍ . يَجِبُ عَلَى الرَّاجِعِينَ عَلَى السُّوِيَّةِ ، فَعَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ثَمْنٌ وَرَبْعُ ثَمْنٍ ، فَالْمَسْأَلَةُ مِنْ ثَمَانِيَّةٍ ، فَانكسرت السهام بالأرباع ، فضرب أربعةً بثمانيةً ، فصار اثنين وثلاثين ، فخمسة الأثمان ونصف الثمن منه اثنان وعشرون ، والثمنان ونصف الثمن منه عشرة أسهم ، فعلى كل واحدٍ من الراجعين خمسة أسهم .

قال ابن سماعه: كَرَّرَ عَلَيْنَا مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ هَذِهِ الْمَسْأَلَةَ ، وَقَالَ : أَفَهَمْتُمْ ؟ قُلْنَا : نَعَمْ ، فَلَمَّا قَمْنَا مِنْ بَيْنِ يَدَيْهِ ، فَلَمْ تَصَاحِبْنَا الْمَسْأَلَةَ إِلَى عَتَبَةِ الْبَابِ ، فَلِهَذَا سَمَّيْتُ : الْعَتَبِيَّةَ¹ ، وَسَمَّيْتُ بِالنَّظَرِ فِي الْوَجْهِ ؛ لِأَنَا بِنَظَرٍ² بَعْضُنَا فِي وَجْهِ بَعْضٍ بَيْنَ يَدَيْ مُحَمَّدٍ حَتَّى نَعْرِفَ أَنَّهُ فَهَمٌ بِمَا تَبَيَّنَ³ فِي وَجْهِهِ أَوْ لَمْ يَفْهَمْ ، وَسَمَّيْتُ : السِّحْرَ ؛ لِأَنَا نَقُولُ : مُحَمَّدٌ سَحَرْنَا .

(كِتَابُ الْقِسْمَةِ)

وهي اسمٌ للاقتسام كالقدوة للاقتداء .

يُثَبِتُ بِالْكِتَابِ ، وَهُوَ قَوْلُهُ تَعَالَى : ﴿ أَنْ الْمَاءَ قِسْمَةٌ بَيْنَهُمْ ﴾ [القمر ، 28/54] ، وَبِالسَّنَةِ ؛ لِأَنَّهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بِأَشْرَافِهَا فِي الْمَغَانِمِ وَالْمَوَارِيثِ⁴ ، وَعَلَيْهِ انْعَقَدَ الْإِجْمَاعُ .

(وَيَنْصَبُ الْقَاضِيَ قَاسِمًا) لِلنَّاسِ يَقْسِمُ بَيْنَهُمْ (عَدْلًا مَأْمُونًا) لِثَبَتِ الْإِعْتِمَادُ عَلَى قَوْلِهِ ، (عَالِمًا بِالْقِسْمَةِ) ؛ لِأَنَّ مَنْ لَا يَعْلَمُهَا لَا يَقْدِرُ عَلَيْهَا ، (يَرِزْقُهُ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ) لِأَنَّ الْقِسْمَةَ شَبِيهَةٌ بِالْقَضَاءِ فِي قَطْعِ الْمَنَازَعَةِ ، فَيَرِزْقُ مِنْهُ كَمَا يُرِزْقُ الْقَاضِي ، وَلَيْسَتْ بِقَضَاءٍ حَقِيقَةً ؛ لِأَنَّ مَبَاشَرَتَهَا لَيْسَتْ بِفَرْضٍ عَلَى الْقَاضِي ، وَمَبَاشَرَةُ الْقَضَاءِ فَرْضٌ عَلَيْهِ ، حَتَّى جَازَ لِلْقَاضِي أَنْ يَأْخُذَ الْأَجْرَ عَلَى الْقِسْمَةِ ، وَلَمْ يَجِزْ عَلَى الْقَضَاءِ ، إِلَّا أَنَّ الْقِسْمَةَ لَهَا شَبَهُ بِالْقَضَاءِ مِنْ حَيْثُ إِنَّهَا تُسْتَفَادُ بِوَلَايَةِ الْقَضَاءِ ، حَتَّى مَلَكَ الْقَاضِي جَبْرَ الْأَبِيِّ ، وَلَمْ يَمْلِكِ الْأَجْنَبِيُّ ، وَمِنْ هَذِهِ الْجِهَةِ يَسْتَحْبُّ أَنْ لَا يَأْخُذَ الْأَجْرَ عَلَيْهَا . كَذَا فِي « الْكِفَايَةِ » .

(وَإِلَّا فَبِأَجْرَةٍ) أَي : إِنْ لَمْ يَرِزْقْ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ نَصَبَ الْقَاضِيَ قَاسِمًا يَقْسِمُ بِأَجْرَةٍ ، وَيَقْدِرُ الْقَاضِيَ أَجْرَتَهُ كِيَلًا⁵ يَتَحَكَّمُ عَلَيْهِمْ

بِالزِّيَادَةِ .

(وَهِيَ عَلَى عَدَدِ الرُّوُوسِ) يَعْنِي : أَجْرَةُ الْقِسَامِ تَجِبُ عَلَى الْمُتَقَاسِمِينَ عَلَى عَدَدِ رُؤُوسِهِمْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ . (وَقَالَ) : عَلَى⁶

(الْأَنْصِبَاءِ) أَي : عَلَى قَدْرِ الْأَنْصِبَاءِ ، حَتَّى لَوْ كَانَ الْمَالُ بَيْنَ ثَلَاثَةٍ لِأَحَدِهِمْ سُدُّسُهُ وَلِلْآخَرِ ثَلَاثُهُ وَلِلثَّلَاثِ نَصْفُهُ ؛ فَالْأَجْرَةُ عَلَيْهِمْ يَكُونُ أَثْلَاثًا عِنْدَهُ عَلَى قَدْرِ رُؤُوسِهِمْ ، وَعِنْدَهُمَا أَسْدَاسًا عَلَى قَدْرِ أَنْصِبَائِهِمْ .

فَيَدُنَا بِأَجْرَةِ الْقِسَامِ ؛ لِأَنَّ أَجْرَةَ الْكَيْتَالِ وَالْوَزَانِ يَكُونُ بِقَدْرِ الْأَنْصِبَاءِ اتِّفَاقًا ، وَكَذَا سَائِرُ الْمُؤَنِّ ، كَأَجْرَةُ الرَّاعِي وَالْحَمَلِ وَالْحَفِظِ

وَنَحْوِهَا .

لهما: إِنَّ الْأَجْرَةَ مَوْئِدَةُ الْمَلِكِ ، فَيَتَقَدَّرُ بِقَدْرِهِ ، كَأَجْرَةُ الْكَيْتَالِ وَنَفَقَةُ الْعَبْدِ الْمَشْتَرِكِ .

¹ د: العتبية .

² د: نظير .

³ د: يتبين .

⁴ الهداية للمرغنانى، 325/4 . وفيه أحاديث شتى ، انظر نصب الريه للربيعي ، 178/4-179 .

⁵ د: لئلا .

⁶ د - على .

وله: إنَّ القسمةَ تمييزُ الأنصاء، والأجرُ يكون مؤنَّة التَّمييز، وهذا عملٌ لا تَفَاوُت فيه، فإنَّ تمييزَ الأقلِّ من الأكثر كتمييز الأكثر من الأقلِّ، بخلاف أجرة الكَيْتال؛ لأنَّ الأجرَ فيه مقابلٌ بعمل الكيل، وهو متفاوتٌ.

(ولا يجزئ) القاضي (الناس على قاسم) أي: على أن يستأجروه؛ لأنه لو تعيَّن؛ لتحكَّم بالزيادة على أجرٍ مثله، ويكون ضرراً بهم، وإن اصطَلحوا فافتسموا؛ جاز؛ لأنَّ في القسمة معنى المبادلة، فيجوز بالتراضي كسائر المعاوزات، إلا إذا كان فيهم صغيرٌ لا يجوز؛ لأنَّ تصرُّفه لا ينفذ، ولا ولاية لهم عليه، فيحتاج إلى القاضي.

(ويمنعون عن الشركة) أي: يمنع القاضي القاسمين عن اشتراكهم؛ كيلا يتواضعوا على تكثير الأجرة، فيؤدِّي إلى إضرار الناس، وإذا لم يشتركوا؛ يتسارعون إلى القسمة بالأجر اليسير حذراً عن الفوت، فيخصُّ الأجر.

(وإذا حضر) عند القاضي (شركاء في أيديهم عقاراً) وهو ما له أصلٌ وقرارٌ، مثل: الأرض والدار، (ادعوا أنه إرث) أي: ميراثٌ بينهم من فلان، (وطلبوا القسمة؛ فهي موقوفة على البيئنة بالموت وعدد الورثة) يعني: عند أبي حنيفة: لا يقسمه القاضي حتى يقيموا البيئنة على موته وعدد ورثته. (وقالوا: يُقسَّم باعتبارفهم، ويذكرُ في كتاب القسمة ذلك) يعني: يكتب القاضي في صكِّه أنه قسمها باعتبارفهم؛ ليعلم أنَّ حكمَ القسمة مقتصرٌ عليهم غيرُ متعلِّ إلى شريكٍ آخرٍ لو ظهر، ولا يعتقُّ أمهات أولاده ومدبَّوه؛ لعدم ثبوت موته في حقيهم. (كما في غير العقار) يعني: كما تُقسَّم¹ باعتبارفهم في المنقول (أو عقارٍ ادعوا شراءه أو ملكه مطلقاً) أي: كما يُقسَّم باعتبارفهم في العقار المشتري وفيما ادعوا ملكه، ولم يبيِّن كيفية انتقاله إليهم.

له: إنَّ التركة قبل القسمة مبقاة على ملك الميت، حتى لو حدث الزيادة يقضى ديونه منها، وبالقسمة ينقطع حق الميت حتى لا يثبت حقه في الزوائد، وكان القسمة قضاءً على الميت بإقرارهم، وإنَّه لا يجوز؛ لأنَّ الإقرار حجة قاصرة لا يتعدى إلى غير المقرِّ، فلا بُدَّ من إقامة البيئنة حتى يكون حجة على الميت، بخلاف المنقول؛ لأنه يُخشى عليه التلغف، وقسمته ليكون محفوظاً ومضموناً على القابض، والقاضي نُصِبَ ناظرًا، فيقسمه، والعقارُ محصنٌ وغيرُ مضمونٍ على القابض، فلا حاجة إلى القسمة، وبخلاف العقار المشتري؛ لأنَّ المبيع زال عن ملك البائع قبل القسمة، ولا يمكن إبقاؤه، فلم يكن القسمة على الغير، وبخلاف ما إذا ادعوا الملك، ولم يذكروا كيف انتقل إليهم، فلا بُدَّ ليس في القسمة قضاءً على الغير، فإنَّهم لم يُقرُّوا بالملك لغيرهم، فيكون مقتصرًا عليهم.

(أو وارثان في يدهما عقاراً) يعني: إذا ادعيا أنهما ورثا العقار الذي في أيديهما، (ومعهما) أي: والحال أنَّ معهما وارث آخر (غائب أو صبي، وبرهنا على الوفاة وعدد الورثة؛ قسِمَ بطلبهما) العقار، (ونصب) القاضي (عن الغائب أو الصبي من يقبض نصيبه) وهو الوكيل عن الغائب والوصي للصبي؛ لأنَّ في ذلك نظرًا لهما.

(أو مشتريان) أي: إذا ادعى رجلان شراء دارٍ وهي في أيديهما، (ومعهما غائب) أي: مشترٍ آخرٍ غائب، وبرهنا عليه، وطلبوا القسمة، أو كان العقار في يد الغائب، أي: الوارث الغائب، أو في يد مودعه، أو في يد الصبي الوارث، (أو كان الطالب واحدًا) أي: طالبُ القسمة وارثًا واحدًا، وشريكه غائب؛ (لم يُقسَّم في هذه المسائل) الثالث.

أما فيما إذا ادعيا الشراء؛ فلأنَّ الملك الثابت لكلٍ منهما ملكٌ جديدٌ باشر بسببه، ولهذا لا يرُدُّ على بائعٍ بائعه إذا وجده معيَّبًا، فلا ينتصب الحاضر خصمًا عن الغائب، وكانت البيئنة في حقِّ الغائب قائمةً بلا خصمٍ، فلا تُقبل. وإنَّما قُسم في مسألة دعوى الإرث وقبيلت بيئته؛ لأنَّ ملك الإرث ملكٌ خلافة عن مورثه، ولهذا يرُدُّ على بائع مورثه إذا وجد ما ورثه معيَّبًا فيما اشتراه المورث، فينتصب² أحدهما خصمًا عن الميت فيما في يده، والآخر خصمٌ عن نفسه، فكانت القسمة قضاءً على الخصمين الحاضرين، فصحت.

وأما في المسألة الثانية؛ فإنَّما لم يُقسَّم؛ لأنَّ في هذه القسمة قضاءً على الغائب أو على الصبي بإخراج شيءٍ مما في يده من غير خصمٍ عنهما حاضرٍ، فإنَّه لا يجوز. ولا فرق في هذه الصورة بين إقامة البيئنة وعدمها في الصَّحيح.

وأما في المسألة الثالثة؛ فلأنَّ الواحد لا يصلح أن يكون مخاصمًا ومخاصمًا؛ لأنه يحتاج إلى إقامة البيئنة.

(وإذا انتفع كلٌّ من الشركاء) (بنصيبه؛ قسم بطلب أحدهم) لأنَّ في تلك القسمة تكميلُ المنفعة، فيجيبه القاضي.

¹ ح: يقسم.

² د: فينصب.

(وإذا انتفع واحدٌ لكثرة نصيبه، واستصّر آخرٌ لقلته؛ فُقسم بطلب المنتفع) لأن القاضي نُصِبَ لإيصال الحقِّ إلى مستحقِّه، فلا¹ يُعتبرُ تضرُّرُ الآخر؛ لأنه من قلة نصيبه، لا من صاحب الكثرة². (وحده) يعني: لا يقسم بطلب صاحب القليل؛ لأنه متعنتٌ في طلب الضرر على نفسه، فلا يجيبه القاضي؛ لأنه اشتغالٌ بما لا يفيد.

(وإن استصروا فبتراضيهم) يعني: إن تضرَّر كلٌّ من الشركاء إذا قُسم مثل الرحي والحمام؛ لا يقسم القاضي وإن طلبوا القسمة؛ لأنَّها لتكميل المنفعة، وفي هذا التقسيم تفويتها، بل اشتغالٌ بما تضرَّر، ويجوز قسمةُهم بالتراضي؛ لأن الحقَّ لهم، وهم أعرُفٌ بحاجتهم، ولا يمنعه القاضي من ذلك.

(وتقسمُ العروضُ المتَّحدةُ الجنس) لإمكان المعادلة فيها من جهة المالية والمنفعة، فيملك القاضي الإيجابَ عليها. (ولا يقسم المختلفةُ إلا بالتراضي) أي: العروض المختلفة الجنس؛ لانعدام الاختلاط بينهما، فلا تقع القسمةُ تمييزاً، بل تقع معاوضةً، فيكون بالتراضي لا بالجبر.

(والرقيقُ لا يقسمُ) عند أبي حنيفة (إلا بالتراضي) وقالوا: يقسمُ بطلب أحدهما. هذا فيما إذا كان الرقيقُ وحدهم، وليس معهم شيءٌ آخر من العروض؛ لأنَّهم إذا كان معهم شيءٌ آخر مما يُقسم؛ جازت القسمةُ فيهم تبعاً لغيرهم اتِّفاقاً، وفيما إذا كانوا ذكوراً فقط أو إناثاً فقط؛ لأنَّهم إذا كانوا ذكوراً وإناثاً مختلفين؛ لا تقسمُ اتِّفاقاً؛ لأنَّهم جنسان لاختلاف المقاصد، حتى لو اشترى على أنه عبدٌ، فظهر أمةٌ؛ لم ينعقد البيعُ.

لهما: إنَّ الجنسَ متَّحدٌ، والتفاوتُ في القيمة لا يمنع صحَّةَ القسمة، كما صحَّت في الإبل والغنم ورقيق المغنم. وله: إنَّ التفاوتَ فيه فاحشٌ من جهة الأغراض والمعاني الباطنة، كالفهم والكياسة، فالتحق بالأجناس المختلفة، فلا يُقسم. (كالجواهر) أي: كما لا يقسمُ الجواهر؛ لفحش التفاوت بينهما، بخلاف تفاوت الإبل والغنم في الانتفاع؛ لأنه يسيرٌ، وبخلاف قسمة الغنائم؛ لأن حقَّ الغانمين تعلَّقَ بالمالية دون العين، حتى كان للإمام أن يبيع الغنائم، ويقسم الثمنَ بينهم. (ولا يقسمُ حماماً، ولا بئراً، ولا رحىً) لما سبق بيانٌ دليلاً في قوله: «وإن استصروا فبتراضيهم».

(والدورُ المشتركةُ في مصرٍ) يعني: إذا كان للشركاء دورٌ مشتركةٌ في مصرٍ واحدٍ، وطلبوا من القاضي قسمةً، (يقسم كلُّ) أي: كلُّ دارٍ منها (على حدةٍ) أي: على انفرادها، ولا يقسمها قسمةً واحدةً عند أبي حنيفة، (كدارٍ وضيعةٍ) أي: كما يقسم دارٌ وضيعةً مشتركةً على حدةٍ، (أو دارٍ وحنوتٍ، وأجازا قسمةً بعضها في بعضٍ إن كان أصلح) يعني: إن رأى القاضي أنَّ الأصلحَ لهم قسمةُ بعضها في بعضٍ قسمةً.

قَيَّد بقوله: «في مصرٍ»؛ لأن الدورَ لو كانت في مصرين لا تقسم اتِّفاقاً. وضع في الدور؛ لأن البيوتَ في محلَّةٍ؛ تقسم قسمةً واحدةً اتِّفاقاً؛ لأن التفاوتَ فيها يسيرٌ. لهما: إنَّ الدورَ جنسٌ واحدٌ اسماً وصورةً نظراً إلى أصل السكنى، وأجناسٌ نظراً إلى وجه السكنى من قرب الماء والمسجد وصلاح الجيران وغيرها، فيكون الترجيحُ مفضَّلاً إلى رأي القاضي.

وله: إنَّ العبرةَ للمقاصد، فالداران جنسان؛ لفحش تفاوتهما نظراً إلى وجوه السكنى، ولهذا لا يجوز التوكيلُ بشراء دارٍ غير معيَّنة كما في الثوب، فامتنع التعديلُ في القسمة، ويقسم البيوتُ قسمةً واحدةً؛ لقلَّة التفاوت، والمنازلُ المتلازفةُ كالبيوت، والمتباينة كالدور. (وإن³ تراضوا بقسمةً؛ فهي بيعٌ) معنىً عند أبي حنيفة؛ لأن كلاً منهم صار كالبائع من شريكه نصيبه من تلك الدار بنصيب شريكه من هذه الدار. وقالوا: لا يكون بيعاً؛ لأن القاضي عندهما يملك هذه القسمةَ بغير تراضيهم إذا رأى أصلح.

(ولو وجد المشتري نصيباً أحدهما معيَّناً بعد بنائه فيه) يعني: إذا باع أحدُ الشريكين نصيبه من دارٍ بعد اقتسامهما، فبنى فيه المشتري، ثمَّ وجد به عيباً، فلم يتمكَّن من الردِّ بسبب هذه الزيادة، (فرجع بنقصانه) أي: نقصان العيب، (فرجوعه على شريكه) بما ضمن للمشتري (منتفٍ) عند أبي حنيفة. وقالوا: يرجع عليه.

قَيَّدنا بقولنا: «بعد اقتسامهما»؛ لأنه لو باعه قبل اقتسامهما؛ فضمانُ نقصان العيب عليهما اتِّفاقاً. وقَيَّد بقوله: «بعد بنائه»؛ لأن المشتري لا يرجع بالنقصان قبل بنائه، بل مخيَّر بين الأخذ بجميع الثمن، أو الترك.

¹ د: ولا.

² د: الكثير.

³ د: فإن.

وهذا الخلاف مبني على الاختلاف في مسألة، وهي أن مشترى جارية إذا باعها من آخر، فاستولدها الثاني، فاستحقها رجلًا، فأخذ من الثاني الجارية وقيمة الولد؛ رجع الثاني على الأول بما ضمنه، ثم الأول يرجع على بائعه بالثمن لا غير عند أبي حنيفة، ويرجع به وبقية الولد عندهما، سبق بيانه في الفصل الأخير من باب الدعوى.

(ولو استحق بعض معين من نصيب أحدهما) «من» للبيان في محلّ الرّفعة صفة «بعض»، يعني: إذا استحق بعض نصيب أحدهما بعينه؛ **(لم تُفسخ¹ القسمة)**. **(أو شائع في الكل)** يعني: إن استحق بعض شائع في كل الأنصاء؛ **(فسخت)** لأن باستحقاق جزء شائع يعدم معنى القسمة، وهو الإفراز، ألا يرى أنه يوجب الرجوع بحصته في نصيب غيره شائعًا؟ بخلاف المعين؛ لأن ما وراء المستحق بقي مفرزًا على حاله ليس للغير فيه حق، فيرجع بحسابه على شريكه.

(أو في نصيب أحدهما) يعني: إذا استحق نصف نصيب أحدهما مثلاً، **(فله الرجوع في نصيب الآخر)** بنصف النصف عند أبي حنيفة؛ لأنه لو استحق كل ما في يده؛ يرجع بنصف ما في يد شريكه، فإذا استحق نصفه؛ يرجع بنصف ذلك اعتبارًا للجزء بالكل. **(وقال: يفسخ)** لأنه بالاستحقاق ظهر شريك آخر، والقسمة بدونه لا تصح، فيفسخ، كما إذا استحق نصف الدار كلها؛ يطل القسمة. ولأبي حنيفة: إن الاستحقاق في معنى البيع، واستحقاق بعض المبيع لا يطل البيع فيما بقي، بل يثبت الخيار للمشتري، إن شاء نقص البيع في الباقي، وإن شاء رجع بعوض المستحق، فكذا في القسمة.

(ووافق) محمدًا أبا حنيفة **(في الأصح)** أي: أصح الروايتين.

وضع في الدار؛ إذ لو كانت مائة شاة بين رجلين، فاقسما، وأخذ² أحدهما أربعين تساوي خمسمائة، والآخر ستين تساوي خمسمائة، فاستحق شاة من الأربعين تساوي عشرة دراهم؛ فإنه يرجع بخمسة دراهم على صاحب الستين اتفاقًا. من «الحقائق».

(فصل في كيفية القسمة، ودعوى الغلط فيها)

(وينبغي أن يصور القاسم ما يقسمه) ليتمكّن من حفظه، **(ويعدله)** أي: يسويه على سهام القسمة، **(ويذرعه)** ليعرف مقداره، **(ويقوم ببناءه)** لأن التقويم محتاج إليه في الأجرة، **(ويفرز³ كل نصيب بطريقه وشربه)** لينقطع تعلّقه بالآخر، وترتفع⁴ المنازعة، **(ويلقب نصيبًا بالأول، والآخر)** أي: النصيب الآخر **(بالثاني، وهلمّ جرأ)** يعني: يقال: وجّر جرأ هذا الطريق، ولقب الآخر بالثالث، والآخر⁵ بالرابع، وعلى هذا، وكيفية: أن ينظر إلى أقل الأنصاء، فيقدر به أجزاء السهام، مثلاً: إذا كان العقار مشتركًا بين ثلاثة: لأحدهم النصف، وللآخر الثلث، وللآخر السدس؛ جعله أسداسًا؛ لأن السدس أقل، فيكون لصاحب النصف ثلاثة أسداس، ولصاحب الثلث سدسان. **(ويُفرغ⁶ أي: يكتب أسماءهم لتطيب⁶ قلوبهم، ويوزل عن القاسم تهمة الميل لأحدهم، ولو قسم بلا قرعة؛ جاز؛ لأن القسمة في معنى القضاء، فيملك القاسم الإلزام.**

(فمن خرج اسمه أولًا أخذ الأول) يعني: أخذ الملقب بالأول النصيب الأول، ومن خرج اسمه ثانيًا أخذ النصيب الثاني.

(وهكذا).

(ولا يُدخل القاسم الدراهم فيها) أي: في قسمة العقار، مثلاً: إذا قال أحدهم: أنا أعطي لقيمة البناء الدراهم؛ لا يقسم كذا جبرًا، بل يجعل لقيمه ذراعًا من العرصة؛ لأن الدراهم غير مشتركة، فإذا لم يجبر على قسمة الجنسين المشتركين؛ فما ظنك عند عدم الاشتراك؟ **(إلا بالتراضي).**

(وإذا قسم) ولم يبتوا الطريق والمسيل **(ولأحدهم مسيل أو طريق في ملك الآخر غير مشروط)** في القسمة ذلك، **(فإن أمكن صرّفه)** أي: صرف الطريق والمسيل عن ملكه **(صرّف، وإلا)** أي: إن لم يمكن **(فسخت)** القسمة؛ لأن المقصود منها تكميل التمييز، وقطع تعلّق كلٍ منهم بنصيب غيره، وإذا لم يحصل تعيّن الفسخ.

1 ح: يفسخ.

2 د: فأخذ.

3 د: ويفرد.

4 ح: ويرتفع.

5 د: وآخر.

6 د: ليطيب.

قَيَّد بقوله: «غير مشروط»؛ لأنَّهم لو شرطوا في القسمة أنَّ ما أصاب كلَّ واحدٍ؛ فهو له بحقوقه؛ لا تفسخُ القسمةُ، وتركُ الطريقِ والمسيلِ على حاله؛ لأنَّه يكون حقاً له في نصيب الآخر.

(وذراع من سفلى لا علو له مقسوم) عند أبي حنيفة (بذراعين من علو لا سفلى له) يعني: إذا كان سفلى مشترك بين رجلين، وعلو لرجلٍ آخر، وعلو مشترك بينهما، وسفله لرجلٍ آخر، فطلبا القسمة؛ يجعلُ عند أبي حنيفة بمقابلة ذراعٍ من سفلى مجزئ ذراعين من علو مجزئ. (ويسوي) أي: يجعل أبو يوسف ذراعاً من سفلى بذراعٍ من علو. (وشرط) محمداً (القسمة بالقيمة، وهو المذهب) أي: قولُ محمد هو المفتى به.

قيل: هذا اختلافٌ بحسب الزمان، فحكم الإمام به على عادة أهل الكوفة من اختيار السفل على العلو، وأبو يوسف على عادة أهل بغداد من التسوية بينهما، ومحمداً على ما شاهده من اختلاف العادة في البلدان. وقيل: هذا اختلافٌ بحسب البرهان. وجهُ قول الإمام: إنَّ العلو يفوت بفوات السفلى، ولا يفوت السفلى بفواته، فيكون منفعة السفلى ضعف منفعة العلو. وجهُ قول أبي يوسف: إنَّ المقصود منهما السكنى، وهما مستويان فيه. ووجهُ قول محمد: إنَّ منفعة العلو والسفل¹ متفاوتة بحسب الأوقات، وفي الصيف يختار العلو، وفي الشتاء السفلى، فلا يمكن التعديل، فيقسم بالقيمة.

(وتقبل شهادة القاسمين باستيفاء بعض الورثة وردّها) يعني: إذا أنكر بعض الشركاء استيفاء نصيبه بعد القسمة، فشهد القاسمان على قبضه؛ تردُّ شهادتهما عند محمد، وتقبل عندهما.

له: إنَّهما شهدا على فعل أنفسهما معني، فلا يُقبل، كمن علّق عتق عبده بفعل رجلين، فشهدا على فعلهما. ولهما: إنَّهما شهدا على فعل غيرهما، وهو القبض، لا على فعل أنفسهما، وهو التمييز. قيل: هذا إذا قسما بلا أجر، إذ لو قسما به؛ لا يُقبلُ شهادتهما اتفاقاً؛ لأنَّهما يدعيان إيفاء ما استؤجر عليه من العمل، والأصح: أنَّها تقبل مطلقاً؛ لأنَّهما عدلان، ولهذا أُطلق في المتن لفظ القاسمين.

(ولو ادعى أحدهم غلطاً) في القسمة، (وأن شيئاً مما أصابه في يد الآخر بعد أن أشهد بالاستيفاء) أي: أقرَّ بقبض نصيبه، (لم يصدّق) لأنه يريد فسخ القسمة بعد وقوعها (إلا بينة) على أنه في يد الآخر، فإن لم يُقَم بينة؛ استحلّف شريكه، فإن نكل؛ جُمع بين نصيبه ونصيب المُدعي، فيقسم بينهما على قدر نصيبهما.

وفي «التبيين»: لو ظهر غبنٌ فاحشٌ في القسمة ينظر: إن كانت بقضاء القاضي يفسخ؛ لأن تصرّفه مقيّد بالعدل، ولم يوجد. وإن كانت بالتراضي، فقيل: لا يُلغى إلى قول من يدعي الغبن لوجود التراضي كما في البيع. وقيل: يُفسخ، وهو الصحيح؛ لأن شرط جواز القسمة هو المعادلة، فإذا ظهر غبنٌ فاحشٌ في القسمة؛ فقد فات شرطه، فيجب نقضها، بخلاف البيع؛ لأنه غير مبني على المعادلة.

(وإن قال: استوفيتُ حقي، لكن أخذتُ بعضه؛ كان القولُ لخصمه) لأنه يدعي عليه غضباً، وهو ينكره. (أو أصابني) أي: لو قال: أصابني في القسمة (إلى موضع كذا، ولم تسلّم² إليّ، ولم يُشهد بالاستيفاء، وكذبه الآخر؛ تحالفا وفسخت) لأنَّهما اختلفا في مقدار ما حصل له بالقسمة، فصار كالاختلاف في مقدار المبيع.

(كتاب الإكراه)

وهو فعلٌ يفعلُه الإنسانُ بغيره، فيزول به الرضا عنه. (ويثبت حكمه) وهو أنَّ الإلتلاف إذا حصل به؛ ينقلُ الفعلُ إلى المكره فيما يصلح أن يكون المكره آلاً. (إذا حصل من قادرٍ على إيقاع ما توعد به) أي: بخوفه (مطلقاً) أي: سلطاناً كان أو غيره، (وخاف المكره وقوعه) أي: غلب على ظنِّه أنَّ المكره يفعلُه، وهذا شرطٌ أيضاً ليصير مضطراً على فعله. هذا إذا خاف عن وقوعه على نفسه؛ لأنه لو خاف عن وقوعه على والديه أو أولاده لا يكون إكراهاً. كذا في «التبيين».

¹ د: أو السفلى.

² د: يسلمه.

(وإن أكره على بيع أو شراء أو إجارة أو إقرار بقتل) الجائر والمجور متعلّق بـ«أكره». (أو ضرب شديد، أو حبس، وفعل) ما أكره عليه من البيع وأخواته، (خَيْرٌ بَيْنَ إِمْضَائِهِ وَفَسْخِئِهِ) يعني: المكره يكون مخيراً بين أن يمضي ذلك العقد أو يفسخه؛ لأن العقود إنّما تصحّ بالتراضي.

قيّد الضرب بشديدي؛ لأنه لو لم يكن شديداً، أو يكون الحبس مقيّداً بيوم؛ لم يكن مخيراً؛ لأن مثله لا يبالي به عادةً، ولا يكون إضراراً ملحماً، إلا أن يكون من الشرفاء أو الرؤساء، فإنّهم يتصرّفون بضربة سوطٍ أو بعرك أذنه؛ لأن فيه هواناً بين الناس، وهو أضرّ من الآلام، فينبغي أن يفوّض إلى رأي الإمام.

(وإن قبض الثمن، أو سلّم المبيع، لا الهبة) بالجرّ عطف على مقدّر، تقديره: سلّم المبيع في البيع لا الهبة إذا وهب بالإكراه، وسلّم الموهوب بالطوع؛ لا يكون التّسليم إمضاءً لهبته. (طوعاً) منصوب بـ«قبض» أو «سلم» على تنازع الفعلين. (كان إمضاءً) لبيعه؛ لأن كلاً من القبض والتسليم طائعاً دليل الرضا؛ لأن الإكراه على البيع لا يكون إكراهاً على القبض أو التّسليم؛ إذ الملك يثبت بدونهما في البيع، وهو مقصود المكره، فيكون التّسليم طائعاً دليل الرضا، بخلاف الهبة؛ لأن الملك لا يثبت بمجرد الهبة، بل بالقبض، فيكون الإكراه على الهبة إكراهاً على تسليم الموهوب نظراً إلى مقصود¹ المكره.

(فإن قبضه مكرهاً ردّه) أي: المكره الثمن (إن كان قائماً) في يده؛ لفساد العقد بالإكراه، وإن كان هالكاً؛ لا يضمن؛ لأنه أخذه بإذن المشتري، فيكون أمانةً.

(وإن هلك المبيع في يد المشتري غير مكره) والبائع مكره على البيع (ضمن قيمته) لأن قبضه وقع بحكم عقد فاسد، فيكون مضموناً عليه بالقيمة.

(ويضمن المكره إن شاء) لأنه نُزِلَ منزلة الآلة للمكره في إتلاف ما أكره، فكأنه دفع مالّ البائع إلى المشتري، وإن شاء ضمن المشتري؛ لأن المكره كالعاصب، والمشتري كالعاصب، فيضمن أهما شاء، فإن ضمن المكره؛ يرجع على المشتري بالقيمة؛ لأنه بأداء الضمان ملكه من وقت وجود السبب بالاستناد، فقام مقام المالك البائع، وإن ضمن المشتري؛ لا يرجع على المكره كما لا يرجع عاصب العاصب على العاصب. ولو كان المشتري باعه من آخر، وباع الآخر من آخر، وتناولت البياعات؛ فله أن يضمن من شاء من المشتريين، فإن ضمن المشتري الأول؛ نفذ الكل، وإن ضمن الثالث أو الرابع؛ نفذ البياعات التي بعد الضمان؛ لأنه إنّما ملكه به، فينفذ من حين وجوده، ويطل ما قبله، بخلاف ما إذا أجاز المكره أحد هذه البياعات حيث تقدّم ما قبل الإجارة وما بعدها؛ لأن عدم التّفاد كان لحقه، فإذا سقط بالإجارة؛ عاد الكل إلى الجواز.

(وإذا أكره على شرب خمرٍ أو أكل خنزيرٍ بضرب، أو حبس، أو قيد؛ لم يحلّ حتى يخاف على نفسه أو عضوه، فيقدم) أي: يحلّ الإقدام على تناولها إذا خاف على نفسه أو عضوه؛ لأن هذه الأشياء إنّما تبأخ² حالة الاضطرار، والضرورة لا يتحقق إلا بالإكراه الملجئ، وهو الخوف على نفسه أو عضوه. (وإن صبر) أي: امتنع عن تناولها (حتى تحقّق³ الوعيد، وهو يعلم الإباحة؛ أثم) لأن إهلاك النفس أو العضو بالامتناع عن المباح حرام، فيأثم.

قيّد بقوله: «يعلم»؛ لأنه لو لم يعلم كونه مباحاً؛ لا يأثم؛ لأنه موضع الخفاء، وقد اختلف فيه العلماء، فيعذر كما كان يعذر بجهل الخطاب في أوّل الإسلام أو في دار الحرب في حق من أسلم فيها.

(أو على الكفر) أي: إذا أكره على الكفر بالله تعالى، (أو سبّ النبي صلى الله عليه وسلم بما يخاف منه⁴ على نفسه أو عضوه؛ أدم مطمئناً قلبه بالإيمان، ولا إثم) لقوله تعالى: ﴿إِلَّا مَنْ أكره وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ﴾ [النحل، 106/16]. (وإن صبر) ولم يُقَدِّم على الكفر حتى قُتِلَ (أجر) أي: صار مأجوراً؛ لما روي أنّ حبيباً أخذه المشركون، وباعوه من أهل مكّة، فجعلوا يعاقبونه على أن يسبّ النبي صلى الله عليه وسلم، ولم يسبّه، وصبر على ذلك حتى قُتِلَ، سماه النبي صلى الله عليه وسلم سيّد الشهداء⁵.

1 ح: تسليم.

2 د: يباح.

3 د: حقق.

4 ح - منه.

5 لم نجده إلا في الهداية للمرغناني، 274/3. وقتل حبيب مروى في صحيح البخاري، الجهاد 167؛ سنن أبي داود، الجهاد 105؛ وليس فيه تسميته سيّد الشهداء، وقد سمي به حمزة بن عبد المطلب، انظر: المعجم الكبير للطبراني، 151/3؛ المستدرک للحاكم، 120/2.

فإن قلت: ما الفرق بين الخمر والكفر حيث أثم بالصبر في الأول، وأجر به في الثاني، وكلاهما مستثنيان في النص؟ قلت: الاستثناء في الكفر راجع إلى الغضب، فانتفى من المكروه على الكفر الغضب دون الحرمة؛ لأن الآية المذكورة فيه قوله تعالى: ﴿مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ مِنْ بَعْدِ إِيمَانِهِ إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ وَلَكِنْ مَنْ شَرَحَ بِالْكُفْرِ صَدْرًا فَعَلَيْهِمْ غَضَبٌ مِنَ اللَّهِ وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾ [النحل، 106/16]، ذكر في «الكشاف»: ﴿مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ﴾ [النحل، 106/16] شرط، وجوابه محذوف؛ لأن جواب ﴿مَنْ شَرَحَ﴾ [النحل، 106/16] دالٌّ عليه، فكأنه قيل: من كفر بالله فعليهم غضب، وفي الخمر راجع إلى الحرمة؛ لأن الآية المذكورة فيه قوله تعالى: ﴿وَمَا لَكُمْ أَلَّا تَأْكُلُوا مِمَّا دُكِرَ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرُّتُمْ إِلَيْهِ﴾ [الأنعام، 119/6]، والمستثنى من الحرام يكون حلالاً، ومن امتنع عن الطعام الحلال حتى أتلف يكون آثمًا.

(أو على إتلاف مال مسلم بما ذكر) أي: بما يخاف على نفسه أو عضوه (أقدم) لأن أكل مال الغير مباح عند الضرورة، وهي المخصصة، فيباح عند الإكراه؛ لأن فيه ضرورة. (ويضمن المالك المكروه) لأن المكروه صار له كالألة له في الإتلاف.

(أو على قتله) أي: إذا أكره على قتل مسلم (بقتل لم يُقدم) لأن قتل المسلم حرام لا يباح لضرورة. (فإن فعل) أي: أقدم على قتله (أثم) لأن الحرمة باقية، (ولا يوجب عليهما) أي: أبو يوسف على المقدم والمكروه جميعاً (قصاصاً) بل أوجب الديّة. (ونوجبه) أي: القصاص (على المكروه إن كان عمداً، لا عليهما) يعني: عند الشافعي: يجب القصاص على المكروه والمكروه جميعاً؛ لأن الفاعل قاتل حقيقة، والأمم تسبباً¹، وللمسبب حكم المباشر، فيجب عليهما.

له: إن المكروه قاتل حقيقة لا حكماً، والمكروه قاتل حكماً لا حقيقة، فتمكنت الشبهة في كلٍ منهما، فسقط القصاص، ووجب الديّة، إلا أن العاقلة لا تتحملها²؛ لأنه عمد.

ولهما: إن الأصل في الأفعال أن يؤخذ بها فاعلها، إلا أن الشرع أسقط حكم فعله فيما يصلح أن يكون الفاعل آلة للآمر، كالإكراه على إتلاف المال، فإن الحكم فيه راجع إلى الأمر اتفاقاً؛ لأنه يمكن أن يأخذه ويلقي على مال إنسان، فأنلفه، ففي القتل يكون كذلك، وأما فيما لا يصلح كالأقوال من الطلاق وغيره؛ فحكم الفعل راجع إلى الفاعل، فإن كان فيما لا يفسخ؛ لم يبطل بالإكراه، كالطلاق والعتاق والنذر واليمين، وإن كان فيما يفسخ ويتوقف على الرضا كالبيع ونحوه؛ يقتصر على المباشر، إلا أنه يفسد لعدم الرضا. (أو على قطع يده، ففعل، ثم قطع رجله طوعاً، فمات) المقطوع من ذلك؛ (يوجب الديّة في ماليهما) أي: أبو يوسف في مال الأمر والفاعل جميعاً. (وأوجب القصاص عليهما) هذا تفريع للمسألة السابقة، والمذكور فيها من الجانبين كافٍ ههنا.

(ولو قال: اقتلني، ففعل؛ اقتص منه في رواية) عن أئمتنا؛ لأن الإذن لم يصادف محله؛ إذ الدم لا يباح، فصار قتلاً بغير إذنه، فيجب القصاص. (ومنعه في أخرى) أي: في رواية أخرى؛ لا يقتص؛ لأن نفسه حقه، فلما أنلفه بإذنه صار هدرًا، كما لو أتلف ماله بإذنه، وخالفنا زفر في هذه، واختار الرواية الأولى.

(ويجب في ماله) أي: مال القاتل (الديّة في أخرى) أي: في رواية أخرى؛ لأن صورة الإذن صارت شبهة مانعة عن القصاص، فتجب الديّة في ماله لكونه عمداً.

أورد هذه المسألة في هذا الباب وإن لم يكن فيه إكراه بمناسبة وجود الأمر بالقتل فيها، كما كان يوجد في الإكراه القتل. (أو ترد من الجبل) أي: اسقط، (وإلا) أي: إن لم تسقط (قتلتك، ففعل؛ فالديّة على عاقلة المكروه) عند أبي حنيفة؛ لأنه في معنى القتل بالمثل، وفيه كان تجب الديّة على العاقلة، فكذا هنا. (ويجعلها في ماله) أي: أبو يوسف الديّة في مال القاتل؛ لأن القتل الحاصل بالإكراه لا يوجب القصاص عنده كما سبق قريباً. (وأوجب) محمداً (القصاص) على المكروه؛ لأن القتل بالمثل كان يوجب القصاص عنده.

(ولو أكره بقتل على ترد) أي: سقوط من مكان عالٍ، (أو اقتحام نار) أي: لو أكره بقتل على إدخال نفسه في نارٍ، (أو ماءٍ، وكل) أي: كل واحد من هذه الثلاثة (مهلك؛ فله) أي: للمكروه (الخيار في الإقدام والصبر) عند أبي حنيفة. (وأمره بالصبر).

قيد بالقتل؛ لأنه لو أكره بالعصا ليس له الإقدام اتفاقاً.

وقيد بقوله: «كل مهلك»؛ لأنه لو لم يكن كذلك؛ كان له الإقدام اتفاقاً.

لهما: إنّه لو ألقى نفسه صار مباشرًا في إهلاكها، فوجب الصبر تحريزاً عنه.

1 ح: سبباً.

2 ح: يتحملها.

وله: إِنَّهُ ابْتُلِيَ بِلَيْتَيْنِ مَتَسَاوِيَتَيْنِ فِي الْإِفْضَاءِ إِلَى الْهَلَاكِ، فَيَتَخَيَّرُ، ثُمَّ إِذَا أَلْقَى نَفْسَهُ فِي نَارٍ وَنَحْوِهِ؛ فَعَلَى الْمَكْرِهِ الْقِصَاصُ؛ لِأَنَّهُ مَضْطَرٌّ إِلَى الْإِلْقَاءِ، وَعِنْدَهُمَا لَا قِصَاصَ؛ لِأَنَّهُ مَخْتَارٌ¹ فِي إِلْقَاءِ نَفْسِهِ.

(ولو وقعت نارٌ في سفينةٍ، إن صبر احترق، وإن ألقى نفسه غرقاً؛ كان² له الخيارُ) عند أبي حنيفة. (وأمره بالثبات).
(أو على طلاقٍ) أي: لو أكره على طلاقِ امراته (أو عتاقٍ؛ وقع، ورجع بقيمة العبد على المكره) لأن إتلافَ المال مضافٌ إليه، سواءً كان موسراً أو معسراً، ولا يرجعُ على العبد بما ضمنه؛ لأنه هو المؤاخذُ بإتلافه، ولا سعايةً على العبد؛ لأنه صار حُرّاً، ولم يحتبس مائتةً الغير عنده. (وينصف المهر) لأن ما عليه من المهر كان على شرف السقوط بأن صارت الفرقة من قبل المرأة، فتأكد الوجوب بالطلاق، فكان ذلك إتلافاً بالمال، فأضيفُ إلى من أكرهه. هذا إذا كان لها مسمى من المهر، وإن لم يكن؛ رجع على المكره بما لزمه من المتعة (إن كان قبل الدخول) قيّد به؛ لأنه إذا دخل بها تقرّر المهرُ بالدخول لا بالطلاق، فلم يجب الرجوعُ. وفي «الكفاية»: لو أكره على التوكيل بالطلاق، ففعل الوكيل؛ جاز استحساناً، والقياس أن لا يصحّ الوكالةُ مع الإكراه؛ لأنّها تبطل بالهزل، فكذا مع الإكراه.

وجهُ الاستحسان: إنَّ الإكراهَ يوجبُ فسادَ العقد، والوكالةُ لا تبطلُ بالشروطِ الفاسدة؛ لأنّها من الإسقاطات؛ إذ الموكّل يسقطُ حقّه بالتفويض، فإذا لم تبطل؛ نفذ تصرّفُ الوكيل.

ويرجعُ بنصف المهر على المكره استحساناً، والقياس أن لا يرجع؛ لأن الإكراهَ وقع على التوكيل، ولا يضافُ الإتلافُ إليه؛ لأن الوكيلَ قد يفعلُ وقد لا يفعلُ، كما إذا شهد شاهدان أن فلاناً وكلّ يعتق عبده، فأعتقه الوكيلُ، ثم رجعا؛ لا يضمنان. وجهُ الاستحسان: إنَّ غرضَ الموكّل زوالَ ملكه إذا باشر الوكيلُ، فكان الزوالُ مقصوداً، فيضمنُ.

(أو على إعتاق نصفه) يعني: إذا أكره على إعتاق نصف عبده، (فأعتق كله؛ فهو مختارٌ) عند أبي حنيفة، يعني: لا يضمنُ المعتق؛ لأنه أعتقه باختياره، فهو غيرُ مكره. وقالوا: هو مكره.

(أو على كلبه) أي: لو أكره على إعتاق كلِّ عبده، (فأعتق نصفه؛ فالمكره ضامنٌ لنصفه) عند أبي حنيفة. (وقالوا: لكله) هاتان المسألتان مبنيتان على الأصلين الذين مرّا في كتاب الإعتاق، وهو تجزؤُ الإعتاق عنده، وعدمه عندهما.

(أو على الزنا) أي: لو أكره على الزنا (منعنا الحدّ) وقال زفر: يحدُّ؛ لأن انتشارَ الآلة دليلُ الطوعية، فيحدُّ. ولنا: إنَّ انتشارَ الآلة قد يكون طبعاً لا طوعاً، كانتشار آلة الصبيّ، فلا يحدُّ للشبهة.

(أو على الردّة) أي: لو أكره الرجلُ على أن يرتدَّ عن الإسلام، فارتدَّ نعوذ بالله؛ (لم تبن امرأته) لاحتمال أن يكون قلبه مطمئناً بالإيمان، ولا يكفر، فوقع الشكُّ في ارتداده حقيقةً، فلا يرتفعُ به النكاحُ الثابت بيقين. ولو أكره على الإسلام؛ يصير مسلماً؛ لأن الإسلام يثبت مع قيام الاحتمال لعلّوه.

(كتابُ السيّر)

جمعُ السيرة، وهي الطريقةُ، سمي بها هذا الكتابُ؛ لأنه بيّن فيه سيرُ رسول الله صلى الله عليه وسلم وصحابته في الغزو. (يفترضُ الجهادُ على الكفاية) لإجماع الأمة عليه، وإنّما صار كفايةً؛ لأنه تعديبُ عباد الله، وتخريبُ بلاد الله، فلا يكون فرضَ عينٍ، لكن لمّا دفع شرّ الكفار بجهاد بعض المؤمنين؛ سقط عن الباقيين.

(وإن كان التّفيرُ عامّاً) يعني: إذا احتيج إلى قتال المسلمين؛ (فعلى الأعيان) يعني: يُفترضُ الجهادُ على كلِّ عينٍ كالصلاة، ويجب الغزو على كلِّ من سمع وله الزّادُ والراحلةُ، لا يجوز التخلُّفُ إلا بعدنّ بيّن، ولو أنّ امرأةً سبيّت بالمشرك؛ وجب على أهل المغرب أن يستنقذوها ما لم تدخل دار الحرب.

(ويجب قتال الكفار وإن لم يبدؤنا) لعموم قوله تعالى: ﴿فَاتَّبَعُوا الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَلَا بِالْيَوْمِ الْآخِرِ﴾ [التوبة، 29/9].
(ولا يجب الجهادُ على صبيّ) لسقوط التّكليف عنه، (ولا عبدٍ) لاشتغاله بخدمة المولى، (ولا امرأةً) لاشتغالها بخدمة الزوج، وحقُّ العبد مقدّمٌ على حقِّ الشّرع. (ولا أعمى، ولا مقعدٍ، ولا أقطع) أي: مقطوع اليدين؛ لعجزهم، وفيهم نزل قوله تعالى: ﴿لَيْسَ عَلَى الْأَعْمَى حَرْجٌ وَلَا عَلَى الْأَعْرَجِ حَرْجٌ﴾ [النور، 61/24؛ الفتح، 17/48] الآية.

¹ ح: يختار.

² د: فإن.

(وإذا هجم العدو) أي: غلب؛ (تعيّن على الكلّ دفعه) يعني: صار الجهاد فرض عين؛ لقوله تعالى: ﴿انْفِرُوا خِفَافًا وَثِقَالًا﴾ [التوبة، 41/9] أي: اخرجوا إلى الجهاد شبابًا وشيوخًا، أو ركبًا ومشاةً. (تخرج المرأة والعبد بغير إذن) الزوج والمولى؛ لأن حقّ العبد لا يظهر في مقابلة فرض عين.

(ولا بأس بالجعل) هو أن يأخذ الإمام من المسلمين مالا، فيعطي الغزاة لدفع العداة (للحاجة) أي: لحاجتهم إلى الطعام وآلات الجهاد، وليس لهم شيء ولا كفاية من بيت المال، فيتحمل الضرر الأدنى لدفع الضرر الأعلى، وقد صحّ أنّ النبي صلى الله عليه وسلم أخذ درع¹ صفوان عند الحاجة بغير رضاه²، وعمر رضي الله عنه أخذ فرس القاعد وأعطى الغازي.

(فيأذا³ حاصر المسلمون الكفار أهل الحرب؛ دعوهم إلى الإسلام) لإمكان إجابتهم إليه بمجرد الدعوة، (فإن أسلموا كفوا عنهم) أي: امتنع المسلمون عن قتالهم. (وإن امتنعوا؛ دعوهم إلى الجزية)؛ لأنه صلى الله عليه وسلم أمر هكذا⁴ (إن كانوا من أهلها) أي: من أهل الجزية، كأهل الكتاب والمجوس وعبدة الأوثان من العجم.

احترز بهذا القيد عن المرتدين وعبدة الأوثان من العرب؛ لأن الجزية لا تقبل منهم، فيقاتلهم المسلمون إلى أن يسلموا، كما قال الله⁵ تعالى: ﴿تَقَاتِلُوهُمْ أَوْ يَسْلَمُوا⁶﴾ [الفتح، 16/48].

(فإن بذلوا) أي: قبلوا الجزية بطريق إطلاق اسم السبب على المسبب؛ إذ القبول سبب البذل، (كان لهم ما لنا، وعليهم ما علينا) يعني: يكون أموالهم ودمائهم محفوظة كأموالنا ودمائنا.

(ويجب دعاء من لم تبلغه⁷ الدعوة) ليعلموا أنّهم ليسوا لصوصًا، إنّما غرضهم الدين لا الدنيا. (ويستحب دعاء من بلغته) للمبالغة في الإنذار، وإنّما لم تجب؛ لما روي أنّه صلى الله عليه وسلم أغار على بني المصطلق⁸، والغارة لا تكون مع الدعوة. وفي «المحيط»: وجوب الدعوة كان في الابتداء، وفي زماننا شاع الإسلام، وعرفه كل كافر، وقام شيوغُه مقام الدعوة، فحلّ القتال قبل الدعوة.

(وإن⁹ أبوا) عن قبول الجزية؛ (استعانوا بالله عليهم) أي: على قتالهم، (وحاربوهم، ونصبوا المجانيق، وحرقوهم، وغرقوهم، وقطعوا أشجارهم، وأفسدوا زروعهم) لما روي أنّه صلى الله عليه وسلم فعل كذا.

(ورموهم) أي: المسلمون الكفار، (وإن تترسوا) أي: جعلوا ترسًا لهم (بأسارى المسلمين) لأنّ بلاد الحرب لا تخلو عن أسارى المسلمين وتجارهم، فلو امتنع القتال لذلك؛ لانسد باب الجهاد. (وقصدوا الكفار) لأنّهم إذا لم يقدر التمييز فعلاً؛ قصدوا التمييز نيّةً؛ إذ الطاعة بحسب الطاعة، وما قتلنا من الأسارى لا دية علينا ولا كفارة؛ لأن الجهاد فرض، ولو تعلّق به غرامة؛ لامتنعوا عن الإقدام عليه.

(ولا بأس بإخراج المصاحف والنساء في عسكر عظيم) لأن الغالب فيه السّلامة، وما روي أنّه صلى الله عليه وسلم قال: «لا تسافروا بالقرآن في أرض العدو»¹⁰؛ فمحمول على القليل منهم. (دون سرية) يعني: لا يخرجون مصحفًا ولا امرأة في سرية (لا يؤمن عليهما) لقنّتهم مخافة أن يقعا في أيديهم.

¹ د: دروع.

² سنن أبي داود، الإجارة 88؛ مصنف ابن أبي شيبة، 618/10؛ وليس فيه «بغير رضاه»، بل أعار النبي منه. فسر العيني قول صفوان «عارية أم غصبا؟» بأنه لم يرضه، انظر: النباية للعيني، 145/10.

³ د: وإذا.

⁴ صحيح مسلم، الجهاد 3؛ سنن أبي داود، الجهاد 82؛ سنن الترمذي، السير 48.

⁵ د - الله.

⁶ د: تسلمون.

⁷ د: يبلغه.

⁸ صحيح البخاري، العتق 13؛ مسند أحمد بن حنبل، 31/2.

⁹ د: فإن.

¹⁰ صحيح مسلم، الإمارة 94؛ مسند أحمد بن حنبل، 6/2، 10.

(وينبغي أن لا يغدروا) أي: لا ينتقضوا عهودهم، (ولا يغلوا) أي: لا يسرقوا من المغنم، (ولا يمتثلوا) أي: لا يقطعوا أعضاء الكفار؛ لورود النهي عن كِلِّ منها، والمثلة المروية عن النبي صلى الله عليه وسلم في قصة الغرنيين¹ نُسخت بالنهي المتأخر عنه. (ولا يقتلوا صبيًا، ولا امرأةً إلا ملكةً) وإنما² استثناها؛ لأنها سبب الفتنة بمالها، وكذا الصبي إذا كان ملكًا. (ولا شيخًا كبيرًا) أراد به: من لا يقدر على القتال ولا على الإحبال؛ إذ لو قَدَرَ على الإحبال يُقتل لئلا يجيء منه ولدٌ، فيحارب المسلمين. كذا في «الذخيرة». (إلا إذا رأى في الحرب) لأنه برأيه صار كالمقاتل، وقد روي أنه صلى الله عليه وسلم قتل دُرَيْدَ بن الصَّمَّة³، وكان مضى عليه مائة وعشرون سنة؛ لكونه صاحب رأي في الحرب. (ولا أعمى، ولا مقعدًا، ولا مجنونًا) لِمَا روي أنه عليه السلام نهى عن قتلهم⁴. ولا يقتل المسلمُ أصوله إلا أن يقصد واحدًا منهم قتله. (ومن قاتل منهم قوتل).

(وإذا نزلوا) أي: إذا حاصر المسلمون أهل حصن، فنزلوا (على حكم الله؛ يجيز) أبو يوسف (القتل، أو الاسترقاق، أو إبقاءهم أحرارًا ذمةً لنا) يعني: الإمام مخيرٌ عنده بين أن يقتلهم، أو يجعلهم أسارى، أو ذميين لمصلحتنا. (وعين الثالث) أي: قال محمدًا: يوضع عليهم الجزية، وعلى أراضيهم الخراج؛ لأن التزول على حكم الله غير جائز؛ لِمَا روي أنه صلى الله عليه وسلم قال لأمير جيشي: «إذا حاصرت أهل حصن، فأرادوك أن تُنزلهم على حكم الله تعالى؛ فلا تُنزلهم، فإنك لا تدري ما حكم الله فيهم، فانزل على حكمك»⁵، فإذا لم تعلم يقينًا حكم الله؛ تحكّم بما هو الأسهل عليهم، وهو تركهم أحرارًا أهل ذمةً.

ولأبي يوسف: إن حكم الله فيهم معلومٌ، وهو أحد هذه الثلاثة، والإمام مخيرٌ في تعيينها؛ لاستقرار الشريعة عليها، وما رواه كان في مبدأ الإسلام، وكان أحكام الله تتجدد، فالمبعوثون من رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يدرون ما حدث بعدهم من الوحي.

(ودار الإسلام لا تصيرُ حرًا) أي: دار حربٍ عند أبي حنيفة بأن يغلب به الحربيون على دارٍ من دون المسلمين، أو ارتد أهل مصرٍ، وأجزوا فيه أحكام الكفر، أو نقض الذميوّن عهدهم، فغلبوا على دارهم، (إلا أن يزول أمان أهلها) بأن لا يبقى فيها مؤمنٌ ولا ذميٌّ آمنًا بأمانه الذي كان ثابتًا قبل استيلاء الكفار؛ لأن البقاء على الأمان الأوّل دليلٌ على بقاء النصرة لأهل الإسلام. (وتصل بدار الحرب، وتظهر⁶ فيها أحكام الكفر) على الاشتهار، بأن نصبوا قاضيًا كافرًا؛ لأن حكم الإسلام إذا بقي فيهم يكون معارضًا بحكم الكفر، فلا تكون الدار ثابتة للكفار. (واكتفيا بالثالث) يعني: إذا وجد الشرط الثالث. وهو إجراء أحكام الكفر. يكون كافيًا عندهما في صيرورتها دار كفرٍ، وانفصالها عن دار الإسلام، (كما في العكس) يعني: كما صار دار الحرب دار الإسلام بمجرد إجراء أحكام الإسلام فيها، وأما البلاد التي في أيدي الكفرة في زماننا؛ لا شك أنها بلاد الإسلام؛ لأنهم لم يُظهروا عليها حكم الكفر، بل القضاة مسلمون. من «الحقائق».

(فصل في المواعدة، ومن يجوز أمانه)

(وإذا كان في المواعدة) أي: في المصالحة وترك القتال (مصلحةً) للمسلمين لضعفهم، (فلا بأس بها) أي: وإن لم يوجد فيها مصلحةٌ لا ينبغي لهم مصلحة؛ لأن فيها ترك الجهاد صورةً ومعنى.

(وإن انعكست) أي: إن كان المصلحة للكفار في المواعدة، ورأى الإمام نقضها أنفع للمسلمين؛ (نبد إليهم) يعني: نقض صلحهم؛ لِمَا روي أنه صلى الله عليه وسلم نقض المواعدة التي بينه وبين أهل مكة⁷، ولا بُدَّ من إعلامهم واعتبار مدّ يبلغ خبر النبذ إليهم، فيتممكون من جمع عسكرهم؛ لئلا يكون غدرًا بهم.

(وإن بدؤوا بخيانة متفقين؛ قوتلوا من غير نبد) قيد باتفاقهم؛ لأن جماعة منهم لو دخلوا دارنا وقطعوا طريقنا بغير إذن ملكهم، ولا منعة لهم؛ لا يكون نقضًا للعهد.

(ولو شرط ردُّ من يخرج إلينا من الرجال الأحرار مسلمًا نبطله) أي: إذا صالحنا أهل الحرب، وشرطوا أن يرّد عليهم من جاءنا مسلمًا؛ لا يجوز الوفاء به عندنا، ويجوز عند الشافعي.

¹ صحيح البخاري، المحاربين 1؛ صحيح مسلم، القسامة 9.

² د: إنما.

³ صحيح البخاري، المغازي 52؛ فضائل الصحابة 165.

⁴

⁵ صحيح مسلم، الجهاد 3؛ سنن أبي داود، الجهاد 82؛ سنن الترمذي، السير 48.

⁶ د: ويظهر.

⁷ الطبقات الكبرى لابن سعد، 134/2؛ السنن الكبرى للبيهقي، 234/9.

قَيَّدَ بالرجال؛ لأن رَدَّ النَّسَاءِ لا يجوزُ اتِّفَاقًا.
وقَيَّدَ بالأحرار؛ لأن رَدَّ العبيد لا يجوز في قولٍ منه.
له: إِنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَاذَعَ أَهْلَ مَكَّةَ أَلَا يِقَاتِلُهُمْ عَشْرَ سِنِينَ، وَأَنْ يَرُدَّ عَلَيْهِمْ مِنْ جَاءِ مُسْلِمًا مِنْهُمْ¹.
ولنا: إِنَّ هَذَا صَلَاحٌ مُتَضَمِّنٌ تَرَكَ فِرْضَ وَارْتِكَابَ مُحْظُورٍ، فَلَا يَجُوزُ؛ لِأَنَّ الِامْتِنَاعَ عَنِ تَسْلِيمِ الْمُسْلِمِ إِلَى الْكَافِرِ فِرْضٌ، وَتَسْلِيْطُ الْكَافِرِ عَلَى الْمُسْلِمِ مُحْظُورٌ.
(فإن واذع الإمام بمالٍ) يأخذ منهم (للحاجة) أي: لحاجة المسلمين إليه (كان كالجزية) يعني: يصرفُ المأخوذُ مصارفَ الجزية، (قبل حصارهم) لأن المسلمين لم ينزلوا بساحتهم، (وكالغنيمة بعده) يعني: إذا حاصروهم المسلمين، وأخذوا منهم مالا؛ يكون غنيمةً؛ لأنه أُخِذَ مِنْهُمْ بِالْقَهْرِ.
(ولا يجوز دفع المال إليهم) أي: إلى الكفار إذا حاصروا المسلمين (ليوادعوه) أي: ليصالحوا الإمام؛ لأن فيه مدلَّةً للمسلمين، (إلا لخوف الهلاك) يعني: إذا خافوا على أنفسهم يجوز دفعُ المال إليهم؛ لِمَا رُوِيَ أَنَّهُ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ صَالِحُ الْأَحْزَابِ حِينَ حَاصَرُوا الْمَدِينَةَ عَلَى ثُلُثِ ثَمَارِ الْمَدِينَةِ².
(ويوادع المرتدين) لينظر في أمرهم؛ لأن الإسلام مرجوٌّ منهم (بغير مالٍ) لأن في أخذِ المالِ منهم تقريراً لهم، وذا غيرُ جائزٍ. (فإن أخذه) أي: الإمامُ منهم المَالَ (لم يرده) لأن في رَدِّهِ معونةٌ لهم على القتال.
(ويكره بيع السلاح والكراع) أي: الفرس (والحديد من أهل الحرب) لأن في ذلك تقويةٌ لهم على قتال المسلمين.
وفي «التبيين»: بيعُ الحديد من البغاة جائزٌ، والفرق: أنَّ أَهْلَ الْبَغْيِ لَا يَتَفَرَّغُونَ لِاسْتِعْمَالِ الْحَدِيدِ سِلَاحًا؛ لِأَنَّ فَسَادَهُمْ فِي شَرَفِ الرِّوَالِ.
(وتجهيزه إليهم) أي: يكره جعلُ ما دُكِرَ مِنَ السِّلَاحِ وَغَيْرِهِ جِهَازًا لَهُمْ (قبل المودعة وبعدها) لأن مودعتهم على شرف الانتقاض بنبذ العهد إليهم، وكان القياسُ أن يكره بيعُ الطَّعَامِ وَالثِّيَابِ مِنْهُمْ، لَكِنَّهُ جَازِلِمَا رُوِيَ أَنَّ ثُمَامَةَ سَيِّدَ أَهْلِ الْيَمَامَةِ قَطَعَ الْمِيرَةَ عَنِ أَهْلِ مَكَّةَ حَتَّى قَحَطُوا، فَاسْتَشْفَعُوا النَّبِيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فِي ذَلِكَ، فَأَمَرَهُ أَنْ يَمِيرَ إِلَيْهِمْ³.
(وإذا آمن) أي: أعطى الأمانَ (حرًّا أو حرَّةً، كافرًا أو حصنًا أو مدينةً) أي: أهلهم، (امتنع قتالهم) لقوله صلى الله عليه وسلم: «المؤمنون يتكافأ دماؤهم. أي: يتماثل في القصاص والديات. ويسعى بذمتهم أدناهم»⁴ أي: يعطي الأمانَ أَقْلَهُمْ حَالًا، وَهُوَ الْعَبْدُ. (إلا أن يكون فيه مفسدة) يعني: إذا كان في أمانه فسادٌ في رأي الإمام، (فينبذ إليهم ويؤدبه) أي: الإمامُ ذلك الواحد.
(ولا يصحُّ أمانٌ ذميٌّ) لأنه متَّهَمٌ فِي ذَلِكَ، (ولا أسيرٍ، ولا تاجرٍ فيهم، ولا مسلمٍ عندهم) أي: عند الكفار (وهو فيهم) يعني: لم يخرج إلى دار الإسلام؛ لأنَّهم مقهورون تحت أيديهم، فالظاهرُ أنَّهم يُكْرَهُونَ عَلَى الْأَمَانِ مِنْ جِهَتِهِمْ، فَلَا يَعْتَبَرُ. (وكذا العبدُ المحجورُ) عن القتال لا يجوز أمانه عند أبي حنيفة، (وأجازه) محمدٌ.
قَيَّدَ بِقَوْلِهِ: «المحجور»؛ لِأَنَّ أَمَانَ الْمَأْذُونِ بِالْقِتَالِ مُؤَبَّدًا أَوْ مُؤَقَّتًا يَجُوزُ اتِّفَاقًا، وَالْمَرَادُ بِهِ: الْأَمَانُ الْمُؤَقَّتُ؛ لِأَنَّهُ لَوْ أَعْطَاهُمْ أَمَانًا مُؤَبَّدًا. وَهُوَ أَنْ يَعْقَدَ عَقْدَ الذَّمَّةِ؛ يَجُوزُ اتِّفَاقًا حَتَّى يَمْنَعُ مِنَ الْخُرُوجِ إِلَى دَارِ الْحَرْبِ كَغَيْرِهِ مِنْ أَهْلِ الذَّمَّةِ.
لمحمد: قوله صلى الله عليه وسلم: «أمانُ العبدِ أمانٌ»⁵.
ولأبي حنيفة: إِنَّ صِحَّةَ الْأَمَانِ مَنْوُطٌ بِخَيْرِيَّتِهِ، وَالْمَحْجُورُ مَخْطُوعٌ ظَاهِرًا؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَبَاشِرِ الْقِتَالَ لِعَرَفِ خَيْرِيَّتِهِ الْأَمَانِ، وَفِي تَجْوِيزِهِ سُدُّ بَابِ الِاسْتِغْنَامِ وَالِاسْتِرْقَاقِ، وَالْمَأْذُونُ يَبَاشِرُ الْقِتَالَ، فَيَعْرِفُ الْخَيْرِيَّةَ ظَاهِرًا.
(ويوافقهما في روايتين) يعني: في روايةِ أَبُو يُوْسُفَ مَعَ مُحَمَّدٍ، وَفِي رِوَايَةٍ مَعَ أَبِي حَنِيفَةَ.

¹ سنن أبي داود، الجهاد 156؛ مسند أحمد بن حنبل، 323/4.

² معرفة السنن والآثار للبيهقي، 412/13.

³ صحيح البخاري، الجهاد 66؛ صحيح مسلم، الجهاد 59، بلفظ قول ثمامة: «والله لا يأتيكم من اليمامة حبة حنطة حتى يأذن فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم».

⁴ سنن أبي داود، الديات 11؛ سنن النسائي، القسامة 10.

⁵ د: ينبذ.

⁶ لم نجد مرفوعًا إلا في المبسوط للسرخسي، 70/10. وقد روي عن عمر موقوفًا قوله: «إن العبد المسلم من المسلمين أمانه أمانهم»، انظر: مصنف عبد الرزاق؛ 222/5. وروي مرفوعًا بإسناد ضعيف قوله صلى الله عليه وسلم في العبد «وأمانه جائز»، انظر: السنن الكبرى للبيهقي، 194/8، 94/9.

وأما الصبي العاقل المحجور مختلف فيه كالعبد المحجور، وأما الصبي المأذون له فيه يصح إجماعاً في الأصح، وأما الصبي الغير العاقل لا يصح كالمجنون.

(فصل) في الغنائم وقسمتها

(وإذا فتح الإمام بلدة عنوة) أي: قهراً؛ (قسمها إن شاء) بين الغانمين كما فعل صلى الله عليه وسلم كذلك في فتحه خيبر¹. (ولاً؛ نجيذ وضع الخراج والحزبية على أراضيهم وعليهم) أي: إن لم يشأ الإمام القسم؛ يجوز عندنا أن يقر أهلها أحراراً، والأراضي تكون مملوكة لهم، ويضع الخراج على أراضيهم، والحزبية على رؤوسهم. وقال الشافعي: لا يجوز؛ لأنها صارت للغانمين بواسطة استيلائهم، فلا يجوز إبطال حقهم بلا بدل يعدله، والخراج. لقلته. لا يعدله، بخلاف المن على الرقاب؛ لأن للإمام أن يبطل حق الغانمين يقتلهم، فبالعوض القليل أولى.

ولنا: إن النبي صلى الله عليه وسلم فعل كذا بأهل مكة، وقد فتحها، وتركها على ملكهم منّا عليهم². فإن قيل: فتحت مكة صلحاً؛ لأن أهلها لم يقاتلوه.

قلنا: المشهور: أنها فتحت قهراً؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «من دخل دار أبي سفيان فهو آمن، ومن ألقى السلاح فهو آمن»³، وهذا يدل على المقاتلة، ويؤيد قوله صلى الله عليه وسلم: «إنما أجلت لي ساعة»⁴. ثم إذا منّ عليهم الرقاب والأراضي؛ يدفع إليهم من المنقول قدر ما يتهيأ لهم به العمل، وأما عدم مقاتلتهم؛ فمن كثرة رغبهم وانهمامهم.

(ويقسم) أي: الإمام بين الغانمين (المنقول) بعدما منّ عليهم برقابهم وأراضيهم، (ويقتل الأسارى) يعني: الإمام مخيّر في الأسارى بين هذه الثلاثة: إما أن يقتلهم حسماً لمادة الفساد، (أو استرقهم⁵) توفيراً للمنفعة على المسلمين، (أو يتركهم أهل الذمة) للمسلمين، ويضع عليهم الخراج. (ولا يردّهم) أي: الإمام الأسارى (إلى دار الحرب) لئلا يتقوى بهم الكفرة. (والإمام لا يفادي بهم) أي: لا يعطي الإمام الكفار أسرارهم ليأخذوا بدلهم مآلاً منهم، أو أسارانا عند أبي حنيفة. (وأجازاه بأسارى المسلمين) يعني: جاز له أن يفدي أسرارهم بأسارى المسلمين؛ لأن فيه تخلص المسلم عن يد الكافر، وذلك أولى من قتل الكافر، أو الانتفاع به.

قيد بأسارى المسلمين؛ لأن المفاداة بالمال غير جائز اتفاقاً.

أقول: لو قال: والإمام لا يفادي بأسارى المسلمين؛ لكان أخصراً، ولم يحتج إلى إرداف قولهما.

وله: إن في عود الأسارى إليهم تقوية لهم، ودفعها أولى من استبقاء الأسير المسلم؛ لأن بقاءه في أيديهم ابتلاء له من الله تعالى غير مضاف إلى أفعالنا، والتقوية مضافة إلينا، فلا يجوز.

(ولا نجيزه) أي: المفاداة (بالمال في المشهور) أي: في الثقل المشهور من أمتنا؛ لأن فيه إعانة لهم. وقيل: جوزه محمد إذا احتاج إليه المسلمون استدلالاً بأسارى بدر، (ولا المنّ عليهم) أي: لا يجوز أن يطلقهم مجاناً منّا عليهم عندنا. وقال الشافعي: كلا الأمرين جائز؛ لقوله تعالى: ﴿فِيمَا مَنَّا بَعْدَ وَإِنَّا فِدَاءٌ﴾ [محمد، 4/47].

ولنا: إن حق الغانمين ثبت في الأسارى، فلا يجوز إبطال حقهم بلا عوض، وما تلاه منسوخ بقوله تعالى: ﴿اقْتُلُوهُمْ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ﴾ [النساء، 89/4].

قيد بالمال؛ لأن مفاداة أسيرهم بأسير مسلم؛ يجوز اتفاقاً. من «الحقائق».

(وإذا تعدّر نقل المواشي في العود) أي: عود الإمام إلى دار الإسلام؛ (لا تتركها) أي: تلك المواشي في دار الحرب. وقال

الشافعي: يتركها؛ لأن ذبحها لا لأكل منه عندها.

¹ سنن أبي داود، الخراج 23-24؛ مسند أحمد بن حنبل، 31/1.

² سنن أبي داود، الخراج 24-25، بلفظ: «سئل جابر هل غنموا يوم الفتح شيئاً؟ فقال: لا».

³ صحيح مسلم، الجهاد 86؛ مسند الطيالسي، 188/4؛ سنن أبي داود، الخراج 24-25.

⁴ صحيح البخاري، الإحصار 20؛ صحيح مسلم، الحج 447.

⁵ د: يسترقهم.

⁶ د: استنقاذ.

(ولم يقتصروا على عقربها) وقال مالك: يُعقرُ مواشيهم، أي: يضربُ قوائمها بالسَّيف لئلا تعودَ إلى الكفار، فينتفعوا بها، (فتذبح¹) يعني: عندنا: تذبح مواشيهم، (ثم تحرق بالنار).

ولنا: إنَّ العقرَ مثلثةٌ منهيةٌ عنه، بل يذبح، ثُمَّ يحرق لئلا ينتفعوا بأكلها².

وإنما قال: «ثُمَّ تحرق»؛ لأنَّ التَّحريقَ قبل الدَّبْح تعذيبُ الحيوان بالنَّار، وهو منهيةٌ عنه.

(ولا نقسمُ غنيمَةً إلا في دارنا) وقال الشافعي: لا بأس بقسمتها في دار الحرب؛ لِمَا روي أنَّ النبي صلى الله عليه وسلم قسم غنائمَ خيبرَ بخيبر، وغنائمَ أوطاس بأوطاس³.

ولنا: إنَّ سببَ الملك هو الاستيلاء التامُّ، وهو إنَّما يوجد بالإحراز بدار الإسلام؛ لأنَّ قبله احتمالُ استردادها من أيدي الغانمين، وما رواه محمودٌ على قسمتها في تلك المواضع بعدما صارت دارَ الإسلام، ولا خلاف فيه.

قيل: الخلافُ في جواز القسمة، وقيل: في كراهتها.

(ويستوي الرِّدء) وهو المعينُ (والمقاتل) في النصيب؛ لاستوائهما في السَّبب، وهو مجاوزةُ الدَّرب الفاصل بين الدَّارين على قصد القتال. وعند الشافعي: السببُ هو شهودُ الحرب، فعلى هذا إذا لم يقاتلْ لمرضٍ أو غيره لا يستوفي.

(ولو لحقَّهم) أي: العسكر في دار الحرب (مددٌ) أي: جماعةٌ للمدد (قبل إحرازها؛ نشاركهم معهم ولو بعد القتال) «لو» هذه للوصول، أي: سواءً انقضى القتالُ أو لا. وقال الشافعي: لا يشاركونهم بعد القتال؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «الغنيمَةُ لمن يشهد الواقعة»⁴، فمن لم يحضرها لا يستحقُّ المال.

ولنا: إنَّ السببَ مجاوزةُ الدَّرب لقصد القتال، وقد وُجِدَ منهم.

(ولا حقٌّ لأهل السُّوق) أي: سوق العسكر (حتى يقاتلوا) لأنَّ قصدَهم بالمجازة: التَّجارة، لا إعزازُ الدين.

(وإذا لم تكن⁵ حمولةً) يعني: إذا لم يوجد في المغنم أو في بيت المال دابَّةٌ تحملها إلى دار الإسلام (قَسَمَها بينهم إبداعاً) يعني: قَسَمَ الإمامُ الغنيمَةَ بين الغانمين على وجه الوديعة؛ ليحملوها إلى دار الإسلام، (ثم يرتجعها⁶ في الدار، فيقتسمها⁷) لو كان لبعض الغانمين حمولةً؛ لا يجبرهم على حملها في روايةٍ، ويجبرهم في روايةٍ⁸ دفعًا للضَّرر العامِّ بتحميل الضَّرر الخاصِّ.

(ولا يباغُ الغنائمُ قبل القسمة) لأنَّ الملكَ قبلها لا يثبتُ، والبيعُ يستدعي سبقَ الملك.

(ومن مات في دارهم قبل إحراز الغنيمَةِ لا نورثُ نصيبه) وقال الشافعي: يرثُ نصيبه وارثه.

وهذا الخلافُ مبنيٌّ على أنَّ الملكَ للغانمين لا يثبتُ قبل الإحراز بدار الإسلام عندنا، وعنده يثبتُ.

له: إنَّ أيدي الغانمين وردتْ على مالٍ مباحٍ، فيثبتُ الملكُ لهم كالاتطاب.

ولنا: إنَّ النبيَّ صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغنيمَةِ في دار الحرب⁹، والقسمةُ تكون¹⁰ منهيةً؛ لأنَّ فيها معنى البيع باعتبار مبادلة الأَنْصَاء.

1 ح: فيذبح.

2 د: بأكل.

3 لم نجده؛ وقال ابن الملقن في البدر المنير 347/7: «وأما قسمة غنائم حنين بأوطاس فغريب؛ وإنما قسمها بالجرعانة». انظر: صحيح البخاري، العمرة 3؛ سنن ابن ماجه، مقدمة 12.

4 لم نجده مرفوعاً، وقد روي موقوفاً عن عمر، انظر: مصنف عبد الرزاق، 302/5؛ مصنف ابن أبي شيبة، 49/18.

5 ح: يكن.

6 ح: يرجعها.

7 د: فيقتسمها.

8 د - في رواية.

9 لم نجده إلا في الهداية للمرغاني، 385/2. وقال الزيلعي في نصب الراية 408/3 غريب جداً؛ وقال ابن حجر في الدراية 120/2 لم أجده. وقد أخرج في المعجم الكبير للطبراني 433/12 عن ابن عمر أنه نهى عن بيع الغنيمَةِ حتى تقسم.

10 ح: يكون.

ومحلُّ الخلاف: أن يموتَ بعد استقراره من الهزيمة قبل القسمة، فلو مات بعد الإصابة في فور الهزيمة؛ لا يورثُ نصيبه اتِّفاقاً؛ لأن سببَ الملك لا يتمُّ للجيش بلا خلافٍ. ولو مات بعد الإحراز قبل القسمة وبعدها؛ يورثُ نصيبه اتِّفاقاً، وكذا لو مات بعد القسمة في دار الحرب؛ لأن القسمة بمنزلة الإحراز. من «الحقائق».

(ولو وطئ) الغانم جاريةً (مسيبةً، فولدت، فادعاه؛ لا نُثبته) أي: النسب؛ لعدم الملك، ويجب العقرُ، ويقسم الأمة والولدُ والعقرُ بين الغانمين. وقال الشافعي: يثبت النسبُ منه؛ لثبوت الملك، وصارت أمٌ وليه له.

(ويورث) نصيبُ الغانم (إذا مات بعد الإحراز) لأن الملك يثبت بعد إحراز الغنيمة إلى دار الإسلام اتِّفاقاً.

(ولا بأس بعلف العسكر) أي: بأن يعلف العسكرُ دوابهم في دار الحرب، (وأكل ما وجدوه من طعام) قبل القسمة؛ لِمَا روي أنَّه صلى الله عليه وسلم قال في طعام خيرٍ: «كُلُّوها واعلفوها، ولا تحملوها»¹.

وفي «المحيط»: إن وجدوا غنماً من المغنم، وأكلوها؛ ردُّوا جلودها في الغنيمة.

(واستعمال طيبٍ ودهن) وفي «الإيضاح»: لا يتناولُ من الأدوية² ودهن البنفسج وما لا يؤكلُ لا ينتفع به، قليلاً كان أو كثيراً؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «ردُّوا الخيطَ والمخيطَ».

(وتوقُّب دابةٍ) بالواو، وهو تصليبُ حوافرها بالشَّحْم المذاب إذا رُقَّ من كثرة المشي.

وفي «الكفاية»: يجوز للغانم أن يأخذَ من طعام الغنيمة لعبيده الذين دخلوا معه مقدارَ ما يكفيهم، ومن دخل دار الحرب للِّجارة أو للخدمة بأجرة؛ لا يباح له التناولُ من الغنيمة.

(والتَّقْيِيدُ بالحاجة روايةٌ) عن أبي حنيفة، إنَّما يجوز للغانم ما دُكِرَ إذا احتاج إليه حقيقةً، فيستعمله، ثمَّ يرُدُّه إلى الغنيمة عند الاستغناء؛ لأنه مالٌ مشتركٌ بين جماعةٍ.

(ويقاتلون بسلاحهم) أي: بالسِّلاح الذي في الغنيمة (للحاجة) أي: إذا احتاجوا بأن لم يجدوا سلاحاً، حتى لو قاتلوا بسلاح الغنيمة لصيانةِ سلاحهم لا يجوز.

(ولا يبيعوا من ذلك) أي: مما أُخذَ من الغنيمة (شيئاً) لانعدام ملكهم قبل الإحراز. (فإن بيع؛ رُدَّ الثمنُ إلى الغنيمة).

(ومن أسلم منهم) أي: من الكفَّار (في دارهم؛ أحرز نفسه وولده الصغير وماله الذي في يده، ووديعته في يد مسلمٍ أو ذميٍّ) لأن يدَ المودع كيد المودع.

قَيَّد بقوله: «في دارهم»؛ لأنه لو هاجَرَ إلى دار الإسلام فأسلم؛ لا يحرزُ ماله وولده فيها. كذا في «الظهيرية».

وقَيَّد بيد مسلمٍ أو ذميٍّ؛ لأن وديعته في يد حربيٍّ في ذمِّه عند أبي حنيفة، سيجيء عن قريب.

(وإذا ظهرنا عليهم) أي: غلبنا على الكفار (كانت زوجته) أي: زوجة من أسلم في دار الحرب (وعبده المقاتلُ فيئاً) وعن عليِّ بن عيسى: الفيءُ اسمٌ لكلِّ ما صار للمسلمين من أموال الكفرة، والغنيمةُ أخصُّ منه، والنفلُ أخصُّ منها. أمَّا زوجته صارتُ فيئاً، فلائها حربيَّةٌ غيرُ تابعةٍ له في الإسلام، وأمَّا عبده؛ فلائهُ بقتاله³ صار متمرداً على مولاه، وملحقاً بأهل الدار.

(وعقارُه) أي: عقارُ من أسلم في دار الحرب إذا ظهرنا عليهم (فيئاً) عند أبي حنيفة؛ لأن عقاره ليس في يده حقيقةً؛ لأن الدارَ في يد السلطان، وأهل الدارَ والعقار تبعٌ له، وبعد استيلاء الغانمين على الدار أبطلوا أيدي أهلها، فكان يدهم أقوى من يده، فيصير غنيمَةً. (ووافق) أي: محمداً أبا حنيفة (في روايةٍ، وجعله) أي: محمداً عقارَ من أسلم (له في أخرى كالمقول) بناءً على أنَّ اليدَ حقيقةً يثبت⁴ على العقار عنده، فيكون معصومةً. (ويوافق الأول) أي: أبو يوسف أبا حنيفة (في قوله الثاني، والثاني) أي: يوافق محمداً (في قوله الأول) الضميرُ في: «قوله» في الموضعين لأبي يوسف.

(ووديعته) أي: وديعة من أسلم (في يد حربيٍّ فيئاً) عند أبي حنيفة. وقالوا: لا يكون فيئاً؛ لأن يدَ المودع كيد المودع، ولو كانت في يده حقيقةً؛ لم يكن فيئاً، فكذا إذا كانت في يده حكماً.

¹ معرفة السنن والآثار للبيهقي، 13/187؛ السنن الكبرى للبيهقي، 9/61.

² د: أدوية.

³ د: لقتاله.

⁴ د: ثبت.

وله: إِنَّ يَدَ الْحَرْبِيِّ لَيْسَتْ مَعْصُومَةً؛ لِأَنَّهَا لَا تَدْفَعُ¹ اسْتِغْنَامَ الْمُسْلِمِينَ عَنْ مَالِهِ، فَكَذَا عَنْ هَذِهِ الْوَدِيعَةِ، وَيَدٌ مِنْ أَوْدَعِهِ مَعْصُومَةٌ، فَكَيْفَ يَقُومُ غَيْرُ الْمَعْصُومَةِ مَقَامَ الْمَعْصُومَةِ؟

(وما غصبه) من أسلم في دار الحرب (وهو في يد مسلمٍ أو ذميٍّ فيء) عند أبي حنيفة. وقالوا: لا يكون فيئًا؛ لأن نفسه لَمَّا عُصِمَتْ بالإسلام؛ يعصم ماله تبعًا له.

وله: إِنَّ النَّفْسَ خُلِقَتْ مَعْصُومَةً فِي الْأَصْلِ؛ لِكُونِهَا بِنْيَانِ الرَّبِّ، وَإِنَّمَا خَلَّ تَعَرُّضُهَا لِكُفْرِهَا وَحَرْبِهَا، فَإِذَا زَالَ الْمَانِعُ بِالْإِسْلَامِ؛ عَمِلْنَا بِالْأَصْلِ، وَأَمَّا الْمَالُ؛ فَمَخْلُوقٌ لِلتَّمَلُّكِ وَالْإِنْتِقَالِ، وَإِنَّمَا خَزَمَ تَعَرُّضُهُ إِذَا كَانَ فِي يَدِ الْمَالِكِ أَوْ فِي يَدِ مَوْدَعِهِ، وَهَذَا لَمْ يَوْجَدْ، فَصَادَفَ اسْتِيْلَاؤُهُمْ مَالًا مَبَاحًا، فَصَارَ فَيْئًا.

(ويوافق) أي: أبو يوسف أبا حنيفة (في رواية).

(وإذا خرجوا من دارهم) أي: الغانمون من دار الحرب (لم يعلفوا من الغنيمة، ولا يأكلوا منها) لأن حقَّ الغانمين استغرفها، ولهذا يورث عنه، فلم يجز الانتفاع بدون الإذن. (ويرد الفاضل) من الطعام والعلف (إليها) أي: إلى الغنيمة (قبل القسمة، ويتصدق به بعدها) أي: بما فضل من الطعام والعلف بعد القسمة إن كان غنيًا، وانتفع إن كان فقيرًا؛ لأنه صار كاللُقْطَةِ؛ لتعُدُّ رِذَّةً عَلَى الْغَانِمِينَ، وَإِنْ انْتَفَعَ بِهِ بَعْدَ الْإِحْرَازِ؛ يَرُدُّ قِيَمَتَهُ إِلَى الْمَغْنَمِ قَبْلَ الْقِسْمَةِ، وَأَمَّا بَعْدَهَا؛ فَالْغَنِيُّ يَتَصَدَّقُ بِقِيَمَتِهِ، وَالْفَقِيرُ لَا شَيْءَ عَلَيْهِ.

(فصل) في كيفية القسمة

(يقسم أربعة الأخماس بين الغانمين) بعد قسمة الغنيمة على خمسة أسهم، وإفراز خمسها لله تعالى ورسوله. (للفارس سهمان) عند أبي حنيفة. (وقالوا: ثلاثة) أسهم؛ لِمَا رَوَى عَبْدُ اللَّهِ ابْنُ الْعَمْرِيِّ: أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَسْهَمَ لِلْفَارِسِ ثَلَاثَةَ أَسْهَمٍ: سَهْمًا لَهُ وَسَهْمِينَ لِفَرَسِهِ².

له: ما روى عبيد الله بن العمري: أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَسَمَ لِلْفَارِسِ سَهْمِينَ: سَهْمًا لَهُ وَسَهْمًا لِفَرَسِهِ، وَعَبِيدُ اللَّهِ أَوْثَقُ مِنْ أَخِيهِ، وَلِئِنْ اسْتَوِيَا تَعَارُضًا تَسَاقَطَا، فَيُؤَخَذُ بِرَوَايَةِ ابْنِ عَبَّاسٍ: أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَسَمَ لِلْفَارِسِ سَهْمِينَ وَلِلرَّجُلِ سَهْمًا. (ويعطي الرجل سهمًا، ويسهم لفرسين) أي: يجوز أبو يوسف أن يعطي الإمام لمن له فرسان خمسة أسهم. (وقالوا: لواحد) أي: يسهم لفرسٍ واحدٍ فقط.

له: ما روى أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَسْهَمَ لِلزَّبِيرِ خَمْسَةَ أَسْهَمٍ: سَهْمًا لَهُ، وَسَهْمِينَ لِفَرَسِهِ³. (ولهما: ما روى أَنَّ بَرَاءَ ابْنَ أَوْسٍ قَادَ فَرَسَيْنِ، فَلَمْ يَسْهَمْ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إِلَّا لِوَاحِدٍ⁴، وَمَا رَوَاهُ مُحَمَّدٌ عَلَى التَّنْقِيلِ، كَمَا أَعْطَى سَلْمَةَ بِنَ الْأَكْوَعِ سَهْمِينَ وَهُوَ رَاجِلٌ⁵).

(ويتساوى البراذين) جمع البرذون، وهو فرسُ العجم يوكفُ ويشبهُ البليدَ، (والعتاق) في السهم، وهو جمعُ عتيق، وهو فرسٌ جوادٌ. إِنَّمَا تَسَاوَا؛ لِأَنَّ فِي الْبَرْدُونَ⁶ قُوَّةَ الْحَمْلِ وَالصَّبْرِ، وَفِي الْعَتِيقِ قُوَّةَ الطَّلَبِ وَالْفَرِّ، فَلِكُلِّ مِمَّا جَنَسُ مَنَفَعَةٍ، وَفِيهِ احْتِرَازٌ عَمَّنْ قَالَ: لَا سَهْمَ لِلْبَرْدُونَ⁷ كَالْبَغْلِ.

(ولا يسهم لبغلٍ ولا راحلة) لأنه لا يقائلُ عليهما، ولا يصلحُ للطَّلَبِ والهَرَبِ.

(ونعتبر حال مجاوزة الدرب) وهو الفاصلُ بين دار الإسلام ودار الحرب، (لا انقضاء الحرب) يعني: يُعْتَبَرُ عِنْدَ الشَّافِعِيِّ حَالُ انْقِضَاءِ الْحَرْبِ.

(فمن دخل دارهم) هذا تفرُّعٌ لمذهبنَا، (فارسًا، فنفق فرسه) أي: هلك؛ (استحقَّ سهمَ فارسٍ، أو راجلًا، فاشترى فرسًا؛ فسهم راجلٍ) أي: استحقَّه. ولو دخل فارسًا، وقَاتَلَ رَاجِلًا لَضَيْقِ الْمَكَانِ؛ يَسْتَحِقُّ سَهْمَ الْفَرَسَانِ اتِّفَاقًا. من «الحقائق».

¹ ح: يدفع.

² سنن أبي داود، الجهاد 143؛ مسند أحمد بن حنبل، 2/2، 41.

³ السنن الكبرى للبيهقي، 328/6.

⁴ لم نجده إلا في الهداية للمرغنياني، 389/2؛ وقال الزيلعي في نصب الراية 419/3: غريب، بل جاء عنه عكسه أنه قاد مع النبي صلى الله عليه وسلم فرسين، فضر به عليه السلام له خمسة أسهم. انظر: معرفة الصحابة لأبي نعيم، 386/1.

⁵ صحيح مسلم، الجهاد 132؛ معرفة السنن والآثار للبيهقي، 239/9.

⁶ ح: البردون.

⁷ د: للبردون.

له: إِنَّ سَبَبَ اسْتِحْقَاقِ هُوَ الْقَهْرُ وَالْقِتَالُ، وَشَهَادَةُ الْوَقْعَةِ أَقْرَبُ إِلَيْهِ مِنْ مَجَاوِزَةِ الدَّرْبِ.
ولنا: إِنَّ الْمَقْصُودَ بِالْخَيْلِ: إِرْهَابُ الْعَدُوَّةِ وَمَبَاشَرَةُ الْقِتَالِ، وَهِيَ يَحْصِلَانِ قَبْلَ انْقِضَاءِ الْحَرْبِ لَا بَعْدَهُ، فَالسَّبَبُ الظَّاهِرُ لَهُ مَجَاوِزَةُ الدَّرْبِ عَلَى قِصْدِ الْقِتَالِ؛ لِأَنَّ الْإِمَامَ يَكْتَسِبُ أَسْمَاءَ الْفِرْسَانِ وَالرِّجَالِ، فَيَنْتَشِرُ الْخَبْرُ فِي دَارِهِمْ، فَاعْتَبَارُ تِلْكَ الْحَالَةِ أَوْلَى؛ لِأَنَّ تَفْهِيمَ أَحْوَالِهِمْ بَعْدَهَا مُتَعَدِّلٌ أَوْ مُتَعَيِّرٌ.

ولو باع¹ فرسه، أو رهنه، أو آجره بعد المجاوزة؛ يستحقُّ سهمَ الفارس في روايةٍ عن أبي حنيفة، وفي ظاهر الرواية عنه: يستحقُّ سهمَ الرّاجل؛ لِأَنَّ إِقْدَامَهُ عَلَى هَذِهِ التَّصَرُّفَاتِ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّهُ لَمْ يَقْصُدْ بِالْمَجَاوِزَةِ الْجِهَادَ.
(ويُرضخُ لعبدٍ) أي: يعطى من المغنم، (ومكاتبٍ وصبيٍّ وذمّيٍّ يقاتلون بما يراه الإمامُ) الجائر والمجرور متعلّقٌ بـ«يرضخ»؛ لما روي أنّ ابنَ عباسٍ فعل كذا.

قَيَّدَ بِقِتَالِهِمْ؛ لِأَنَّهُمْ بِلَا قِتَالٍ لَا يَسْتَحِقُّونَ شَيْئًا؛ لِأَنَّ الْعَبْدَ وَالْمَكَاتِبَ مَشْغُولَانِ بِخِدْمَةِ الْمَوْلَى، وَالصَّبِيَّ عَاجِزٌ.
(أو يدلُّ الذمّيَّ على الطريق) عطفتُ على قوله: «يقاتلون»، أي: إنّما يُرضخُ بالقتال أو بالدلالة على الطريق؛ لِأَنَّ فِي ذَلِكَ مَنفَعَةً لِلْمُسْلِمِينَ، وَإِذَا رَضَخَهُ لِدَلَالَتِهِ يَجُوزُ أَنْ يَزِيدَهُ عَلَى السَّهْمِ إِذَا كَانَ مَنفَعَتُهُ عَظِيمَةً؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَيْسَ مِنْ عَمَلِ الْجِهَادِ، وَإِذَا رَضَخَهُ لِقِتَالِهِ؛ يَجِبُ أَنْ لَا يَبْلَغَ بِهِ نَصِيبَ الْمُسْلِمِ حَقًّا لِمَرْتَبَتِهِ.

(ولا امرأةٍ تقومُ بأمر الجرحى والمرضى. ونجعله) أي: ما يرضخه الإمامُ لهؤلاء (من غير الخمس) وعند الشافعي: من الخمس؛ لِأَنَّ مَا وَرَاءَهُ حَقُّ الْغَانِمِينَ، فَلَا يَزَاحُمُ بِهِمْ غَيْرَهُمْ.

ولنا: إنّهم يستحقُّون ذلك بسبب القتال، فكانوا² من الغانمين.
(ويقسم³ الخمس: سهمًا لليتامى، وسهمًا للمساكين، وسهمًا لأبناء السبيل، يدخلُ فيهم فقراء ذوي القربى) يعني: يدخلُ أيتامُ ذوي القربى في اليتامى، ومساكينُهم في المساكين، وابنُ السبيل منهم في أبناء السبيل. (ويقدّمون) أي: يعطى أولًا فقراء ذوي القربى، (ومنعُ أغنياءهم) من أخذ الخمس. وعند الشافعي: يَدْفَعُ إِلَيْهِمْ خَمْسُ الْخَمْسِ، وَيَقْسَمُ بَيْنَهُمْ لِلذِّكْرِ مِثْلُ حِطِّ الْأَنْثِيِّينَ؛ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَلِذِي الْقُرْبَى﴾ [الأنفال، 41/8] من غير فصلٍ بَيْنَ الْغَنِيِّ وَالْفَقِيرِ.

ولنا: ما روي أنّهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: «سَهْمُ ذَوِي الْقُرْبَى لَهُمْ فِي حَالِ حَيَاتِي، وَلَيْسَ لَهُمْ بَعْدَهَا شَيْءٌ»⁴.
(وَنَسَقَطُ سَهْمِهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بَعْدَ مَوْتِهِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا يَسْقَطُ؛ لِأَنَّهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَسَمَهَا عَلَى خَمْسَةِ أَسْهُمٍ، وَلَا نَسَخَ بَعْدَهُ.

ولنا: إنّهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كَانَ يَسْتَحِقُّهُ بِرِسَالَتِهِ، لَا بِالْقِيَامِ بِأَمْرِ أُمَّتِهِ، وَلَا رَسُولَ بَعْدَهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وَلِهَذَا لَمْ يَرْفَعِ الْخُلَفَاءُ الرَّاشِدُونَ هَذَا السَّهْمَ، وَقَسَمُوا الْغَنِيمَةَ عَلَى ثَلَاثَةِ أَسْهُمٍ: لِلْيَتَامَى وَالْمَسَاكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ، وَكَانَ ذَلِكَ بِمَحْضَرٍ مِنَ الصَّحَابَةِ، وَلَمْ يَنْكَرْ عَلَيْهِ أَحَدٌ مِنْهُمْ⁵.

(كما سقط الصفيُّ) عن النبي صلى الله عليه وسلم بعد موته، وهو شيءٌ نفيسٌ كان يصطفيه لنفسه من الغنيمة، كسيفٍ أو فرسٍ أو أمةٍ، كما روي أنّهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ اصْطَفَى صَفِيَّةً مِنْ غَنَائِمِ خَيْبَرَ⁶.

(وكان استحقاقُ ذوي القربى) وهم بنو عبد المطلب وبنو هاشم، لا بنو نوفل وبنو عبد شمس وعثمانٌ وجبيرٌ بن مطعم، وإن كانوا في القرابة كبنِي هَاشِمٍ؛ لِأَنَّهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لَمْ يُعْطِهِمْ شَيْئًا⁷. (بالتصرة) وهم لم يفارقوا النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فِي جَاهِلِيَّةِ وَلَا إِسْلَامِهِ عَنْ نَصْرَةٍ، وَسَائِرُ ذَوِي قُرْبَاهِ لَمْ يَسْتَحِقُّوا السَّهْمَ فِي حَيَاتِهِ؛ لِانْقِطَاعِ نَصْرَتِهِمْ.

¹ د: باع.

² د: وكانوا.

³ ح: وتقسم.

⁴ لم نجده إلا في المبسوط للسرخسي، 14/10. وروي «أنه صلى الله عليه وسلم قسم سهم ذوي القربى على بني هاشم وبني المطلب»، انظر: مصنف ابن أبي شيبة 130/18؛

⁵ انظر لإعطاء عمر سهم ذوى القربى إليهم ثم تركهم: صحيح ابن حبان، 155/11؛ السنن الكبرى للبيهقي، 345/6.

⁶ صحيح البخاري، المغازي 36؛ صحيح مسلم، النكاح 84؛ مسند أحمد بن حنبل، 138/3.

⁷ صحيح البخاري، الخمس 17؛ المغازي 36؛ سنن أبي داود، الخراج 19-20؛ سنن النسائي، قسم الفيء 1؛ الأموال للقاسم بن سلام، 456/1-457.

قال شمس الأئمة: المراد به: نصرته الاجتماع إلى النبي صلى الله عليه وسلم للمؤانسة في حال هجر الناس إيّاه، لا نصرته القتال؛ لأن عثماناً وجبير بن مطعم وغيرهم من ذوي قرياه كانوا ينصرونه بالقتال.

(وبعد بالفقر) يعني: استحقاقهم السهم بعد وفاة النبي صلى الله عليه وسلم بفقرهم، لا بنصرتهم؛ لانعدامها بعده.

(وإذا دخل واحد أو اثنان دارهم مغيرين بغير إذن لم يخمس) لأن الخمس وظيفة الغنيمة، وهي ما أخذت قهراً، وبالاتنين¹ لا يثبت القهر. (أو ياذن) أي: إذا دخل دارهم بإذن الإمام (خمس على المشهور) أي: على النقل المشهور من أئمتنا؛ لأن الإمام لَمَّا أذن لهما التزم نصرهما، وكان المأخوذ بقوة الإمام. (أو جماعة) أي: لو دخلها جماعة (بمنعة) أي: عسكر (بغير إذن خمس) لأن ما أخذوه من دار الحرب يكون بالغلبة والقهر، فيكون غنيمَةً.

(فصل) في التنفيل

(ولا بأس بالتنفيل) وهو التحريض على القتال. ذكر في «المبسوط»: أنه مستحب، وإنما ذكره بلفظ «لا بأس»؛ لأن في تحريض بعض الغزاة توهيناً لبعضهم، وتوهين المسلم حراماً، خصوصاً في مثل ذلك الوقت.

(حال القتال، فيقول الإمام: من قتل قتيلاً فله سلبه، فيأخذ ما عليه من ثيابه وسلاحه ومركبه وسرجه² وآلته وما معه، أو محمولاً على دابته) أي: دابة المقتول أو في حقيقته (من مالي) فلا يكون عبده وما معه ودابته وما عليها وما في بيته سلباً. وفي قوله: «على دابته» احترازٌ عن دابة عبده.

وفي «المحيط»: لو قتل راجلاً ومع غلامه فرس قائم بجنبه بين الصفيين؛ يكون فرسه للقاتل؛ لأن مقصود الإمام قتل من كان متمكناً من القتال فارساً، وهذا متمكّن منه، بخلاف ما إذا لم يكن بجنبه؛ لأنه لا يتمكّن إلا بالإعراض عن القتال.

(أو يجعل لسرية) أي: يجعل الإمام التنفيل لقطعة من الجيش، روي أنه صلى الله عليه وسلم قال: «خير السرايا أربعمائة»³. (الربع بعد الخمس) بأن يقول: ما أصبتم فلكم ربعه أو نصفه بعدما رفع الخمس عنه، إلا أنه لا ينفل بكلّ المأخوذ؛ لأن فيه إبطال السهام المشروعة في الغنيمة.

وفي «الكفاية»: لو نفل بالربيع ونحوه، ولم يقل: بعد الخمس؛ لا يجوز؛ لأن فيه إبطالاً لحق الضعفاء المسلمين.

وذكر في «السير الكبير»: إذا قال الإمام للعسكر: ما أصبتم فهو لكم بعد الخمس لا يجوز؛ لأن المقصود من التنفيل: التحريض على القتال، وإنما يحصل ذلك بتخصيص البعض بشيء، وفيه إبطال تفضيل الفارس على الرّاجل.

(ويقطع به) أي: بالتنفيل (حق الغير، ويثبت الملك بالإحراز) بدار الإسلام، وفائدته يظهر فيما إذا قال الإمام: من أصاب جارية فهي له، فأصابها مسلم، واستبرأها؛ لم يحلّ له وطئها قبل الإحراز عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وله وطئها عند محمد؛ لأن التنفيل يثبت به الملك عنده كما يثبت بالقسمة في دار الحرب.

(وإذا لم ينفل) أي: إذا لم يجعل الإمام السلب للقاتل؛ (نجعل السلب غنيمَةً) ويكون القاتل وغيره فيه سواءً فيه عندنا. (لا مستحقاً لمن أزال منعةً مقبل زمان الحرب) وقال الشافعي: القاتل يستحق سلب المقتول إذا قاتل رجلاً أقبل من عسكر الكفرة للقتال، فقاتله رجل من منعة المسلمين، فأزال منعته. أي: قوّته. إذا كان من أهل السهم، فإذا قتل نائماً أو مشغولاً بالأكل أو رماه من حصن؛ لا يستحق السلب، وكذا لو أئخنه وقتله الآخر، فالسلب للذي أئخنه، وكذا لو قتل الذمي كافراً لا يستحقه؛ لأنه ليس بأهل للسهم.

له: إن السلب حث على الهجوم على الخطر.

ولنا: إنّه مالٌ أخذ بقوة الكل، فصار غنيمَةً للكل. من «الحقائق».

(كقطع طرفيه) أي: قطع يدي الكافر ورجليه (أو أسره) أي: جعله أسيراً، هذا تمثيلٌ لإزالة منعته.

قيد بكون المقتول مقبلاً؛ لأنه لو كان مديراً ومشغولاً بشيء؛ لم يستحق السلب عنده.

له: قوله صلى الله عليه وسلم: «من قتل قتيلاً فله سلبه»⁴، وهذا نصبٌ للشّرع؛ لأنه عليه السلام بُعث لأجله.

¹ د: وبالاتنين.

² د: بسرجه.

³ سنن أبي داود، الجهاد 81؛ سنن الترمذي، السير 7؛ سنن ابن ماجه، الجهاد 25.

⁴ صحيح البخاري، الخمس 18؛ صحيح مسلم، الجهاد 41؛ سنن الترمذي، السير 13.

ولنا: قوله صلى الله عليه وسلم: «ليس للقاتل من السلب إلا ما طابث به نفس إمامه»¹، وما رواه محتملٌ للتفنيل ونصبِ الشَّرْع، وما روينا محكمٌ.

(ولا تنفل بعد الأحرار) لأن حقَّ الغانمين تأكَّد في الغنيمة بالأحرار بدارنا، (إلا من الخمس) يعني: لو نفل الإمام بعد الإحراز بعضَ الغانمين من الخمس باعتبار أنهم من المساكين جاز؛ لأن صرفه إلى محتاج لم يقابل كان جائزاً، فإلى محتاج مقاتلٍ أولى.

(فصل) في استيلاء الكفار

(وإذا غلب التُّركُ) أي: كفاؤُ الترك (على الرُّوم) أي: نصارى الروم، (فسبوهم، وأخذوا أموالهم؛ ملكوها) لأن أموال الرُّوم ورفاقهم مباحةٌ، والاستيلاء إذا ورد على مالٍ مباحٍ ينعقد سبباً للملك كالاصطياد.

(وإذا غلبنا عليهم) أي: على الترك؛ (حلَّت لنا) الأموال التي أخذوها من الروم.

(وإن غلبوا) أي: الكفار (على أموالنا، وأحرزوها بدارهم؛ نحكم بملكهم) وقال الشافعي: لا يملكونها.

وهذا الخلافُ مبنيٌّ على أنَّ الكفارَ مخاطبون بالشَّرْع عندده، فتصيرُ² أموالنا معصومةً في حقِّهم، فلا يملكونها بالاستيلاء وغيرِ مخاطبين عندنا، فلا تصيرُ³ معصومةً، والاستيلاء على مالٍ غيرِ معصومٍ موجبٌ للملك.

ويُعدُّ بالأموال؛ لأنَّهم لم يملكو مدبِّرنا ومكاتبتنا وأمّهاتِ أولادنا بالغلبة علينا اتِّفاقاً، ونحن نملك جميعَ ذلك بالغلبة عليهم.

ويُعدُّ بالإحراز؛ لأنَّهم قبل الإحراز بدارهم لا يملكون أموالنا وإن قسموها. من «الحقائق».

(وإذا ظهرنا عليهم قبل القسمة؛ حلَّت لأربابها) أي: أخذوها بغير شيءٍ، (أو بعدها) أي: إذا ظهرنا عليهم بعد قسمتهم أموالنا

(أخذوها) أي: أرباب الأموال أموالهم (بالقيمة إن شاءوا) لِمَا روى عبدُ الله بن عباسٍ رضي الله عنهما: أنَّ المشركين غلبوا على بعيرٍ لرجلٍ، ثُمَّ ظهر المسلمون عليه، فسأل النبيُّ صلى الله عليه وسلم عن ذلك، فقال: «إنَّ وَجَدْتَهُ قبل القسمة؛ فهو لك بغير شيءٍ، وإنَّ وجَدْتَهُ بعد القسمة؛ فهو لك بالقيمة»⁴.

(وإن اشتراها) أي: أموالنا المحرزة بدارهم (تاجرٌ، وخرج بها؛ أخذها مالِكُها الأوَّلُ بالثمن) أي: بالثمن الذي اشتراه تاجرٌ به إن كان اشتراه بنقدي، وإن كان اشتراه بعرضٍ؛ أخذه بقيمة ذلك العرض. (وإلا ترك) أي: إن لم يشأ تركه، ولا يأخذ منه مجاناً؛ لأنه يتضررُ بإزالة ملكه.

(وإن وهب له؛ فبالقيمة) أي: إن وهب للتاجر من تلك الأموال شيءٌ؛ يأخذ مالِكُها الأوَّلُ منه بالقيمة؛ لأنه ملكه الخاصُّ، فلا يزول عنه إلا بقيمته.

(وإن ظهرنا) يعني: إذا أسرَ الكفارُ عبداً مسلماً، وأحرزوه بدارهم، ثُمَّ غلبنا عليهم، فنقل ذلك مع سائر الغنائم إلى دار الإسلام، (فحصل عبداً لنا لبعض الغانمين بالقسمة) يعني: صار ذلك العبدُ نصيباً لبعض الغزاة حين قسموا الغنائم، (ففقمتُ عنها) يعني: فقأ رجلٌ عيني العبد، (وغرمتُ قيمته) يعني: غرم الفاقئُ جميعَ قيمة العبد، (وتسلَّمه) أي: سلَّم المالكُ الغانمُ العبدَ إلى الفاقئ. (فللمالك) أي: للمالك الأوَّلُ (أخذه بالقيمة) أي: أن يأخذ من الفاقئ بقيمة العبد (أعمى) عند أبي حنيفة إن شاء، وإلا ترك. (وقالاً: سلبيماً) يعني: يأخذه بقيمته التي أدَّها الفاقئُ إلى الغانم.

لهما: إنَّ هذا فوْثٌ وصفٌ، فلا يسقطُ به شيءٌ من قيمته، كما لو عميَ بأفةٍ سماويَّةٍ.

وله: إنَّ الفائتَ طرفٌ، وهو مقصودٌ، فيصير كأنه فات بعضُ الأصل، فيسقط حصَّته من القيمة كالولد مع الأمِّ.

(أو أمة) يعني: إذا أسرتُ أمةً، وأحرزتُ بدار الحرب، فوقعَتْ في أيدينا بالاستيلاء عليهم، (فباعها الغانمُ) الذي صارَتْ له بالقسمة (بألفٍ، فولدت) في يد المشتري، (وماتت، فأراد الأوَّلُ أخذه) أي: المالك الأوَّلُ أخذ الولد؛ (يفتي به) أي: أبو يوسف بأخذ الولد (بألفٍ) لأنَّ الولدَ جزؤها، فبقاؤه صار كبقاء جملة أجزائها، فأخذه بالألف، كما أنَّ ولدَ المكاتبه قام مقامها في حقِّ بقاء كليِّ البدل. (لا بالحصَّة) يعني: عند محمدٍ: يأخذه بخصَّته من الألف، مثلاً: إذا كان قيمةُ الأمِّ يومَ القبض بحكم البيع ثلاثين درهماً، وقيمةُ

¹ المعجم الكبير للطبراني، 20/4؛ شرح مختصر الطحاوي للجصاص، 443/3؛ معرفة السنن والآثار، 8/9؛ بلفظ: «ليس للمرء إلا ما طابث به نفس إمامه».

² ح: فيصير.

³ ح: يصير.

⁴ المعجم الأوسط للطبراني، 216/8؛ سنن الدارقطني، 199/5-02؛ السنن الكبرى للبيهقي، 112/9؛ وهو ضعيف جداً. وأخرجه الكاساني في البدائع الصنائع، 128/7. وفيه أقوال العلماء، انظر: مصنف ابن أبي شيبة، 93/18-97.

الولد يوم الأخذ عشرة دنائير؛ يُقسَم التَّمَنُّ عليهما، فيأخذُ الولدُ بما أصابه من حصَّة التَّمَنِّ؛ لأنَّ الولدَ صار أصلًا ببقائه إلى وقت الأخذ، ففجِعَلْ كأنَّهُما كانا موجودين وقت الشِّراء، وهلكت الأمُّ.

(ولا يملك حُرٌّ منا، ولا مدبِّرٌ، ولا مكاتبٌ، ولا أمُّ ولدٍ بالاستيلاء) أي: استيلاء الكفار؛ لأنَّ الملك بالاستيلاء إنَّما يثبت إذا ورد على مالٍ مباحٍ، وأحرارنا معصومون، فلا يكونون أرقاءً، وكذا المكاتبُ وأخواه؛ لثبوت الحرِّيَّة فيهم من وجهِ، وأمَّا أحرارُ الكفار؛ فقد أسقط الشَّرْعُ عصمتهم جزاءً لكفرهم، وجعلهم أرقاءً لنا.

(ويملكهم) أي: يملكُ مكاتب أهل الحرب وأمَّ ولدهم¹ ومدبرهم (المسلمون والعبد إذا أبق إليهم، فأخذه؛ لم يملكوه) عند أبي حنيفة. وقال: يملكونه.

وكذا الخلافُ في الأمة، والخلافُ في عبدٍ مسلمٍ، وفي الذميِّ له قولان، وفي المرتدِّ يملكونه اتِّفاقًا. من «الحقائق».

قيَّد بالإباق؛ لأنه إذا كان متردِّدًا في دار الإسلام، فأخذه، وأحرزوه بدارهم؛ يملكونه بالأخذ² اتِّفاقًا.

لهما: إنَّ عصمتَهُ كانت لكونه في يد المالك، وقد زالت، ولهذا لو أخذه من دار الإسلام ملكوه.

وله: إنَّ الأبقَ لَمَّا انفصل عن دارنا؛ زالت يدُ المالك عنه، فظهر يده على نفسه، فصار معصومًا، فلم يَبْقَ محلًّا للملك، بخلاف المتردِّد؛ لأنه ما دام في دارنا يدُ المولى باقيةً فيه.

وفائدة الخلاف تظهَرُ فيما إذا أخرج رجلاً بشراءٍ أو هبةٍ؛ يأخذ المالكُ بغير شيءٍ عنده، وبقيمته عندهما، وكذا إذا كان مغنومًا، فوجده مولاة قبل القسمة، وأمَّا بعدها؛ يؤدَّى عوضه من بيت المال اتِّفاقًا.

(وإن³ ندَّ إليهم بعيير ملكوه) اتِّفاقًا؛ لتحقُّق الاستيلاء اتِّفاقًا؛ إذ لا يدُ للبعير كالعبد.

(فصلٌ في المستأمن)

(وإذا دخل مسلمٌ متوجِّهًا (إلى دارهم تاجرًا) بأمانٍ، (لا يتعرَّضُ بدمٍ ولا مالٍ) يعني: لا يحلُّ له التَّعرُّضُ بشيءٍ من دمائهم

وأموالهم؛ لأنه بالاستئمان عهدٌ بأن لا يتعرَّضَ لهم، إلا إذا غدر ملكُهم بأخذ ماله أو حبسه أو غيره، ولم يمنعه الملكُ.

قيَّد بالمستأمن؛ لأنَّ الأسيرَ يباح له التَّعرُّضُ وإن أطلقوه طوعًا؛ لأنه غيرُ مستأمنٍ.

(وإن تعرَّضَ بغدرٍ) أي: أخذ التاجر بلا إذنتهم شيئًا، (وخرج به؛ فملكه) لورود استيلائه على مالٍ مباحٍ (حرامًا) يعني: يكون

ملكًا خبيثًا؛ لحصوله بسبب الغدر، (فيتصدَّق⁴ به).

(والمستأمنُ منا) يعني: من دخل منَّا بأمانٍ دارَ الحرب (إذا أربى) أي: عقدَ عقدًا فيه ربا (مع مسلمٍ هناك) أي: في دار

الحرب، ولم يخرج إلينا، (فهو جائزٌ) يعني: حلُّ له ما أخذه عند أبي حنيفة رحمه الله. وقال: لا يحلُّ له؛ لأنَّ الربا بين المسلمين حرامٌ، كما لو كانا أسيرين فيها.

وله: إنَّ مالَ من أسلمَ هناك تبعٌ لأهل دار الحرب ومقهوٌّ في يد ملكهم، فكان جائزًا للمستأمن أن يأخذَ مالَ الحربيِّ برضاه،

فكذا يجوز هذا؛ لأنه رضيَّ أخذه بعقد الربا، بخلاف الأسيرين؛ لأنَّ أموالهم كانت معصومةً من الأصل، فبقي عليها.

وإنَّما وضع هكذا؛ لأنه لو دخل حربيُّ دارنا بأمانٍ؛ لا يحلُّ للمسلم أن يفعل ذلك معه اتِّفاقًا.

(ويحرِّمُه مع حربيٍّ) أي: إذا عقدَ مستأمنٌ منَّا عقدَ الربا مع حربيٍّ، أو باع خنزيرًا، أو ميتةً؛ يحرمُ عند أبي يوسف؛ لأنَّ هذه

التصرُّفات حرامٌ للمسلم أينما كان. وقال: لا يحرمُ؛ لأنَّ أموالهم مباحةٌ لنا، لكن لم يجزَّ للمستأمن أخذها بدون رضاهم؛ لئلا يكون غدرًا، والأخذُ بهذه التصرُّفات يكون عن رضاهم، فيجوز.

(وقتل أحدَ الأسيرين صاحبه) بغير حقٍّ في دار الحرب عمدًا أو خطأ (لا يوجبُ ديةً ولا قصاصًا) عند أبي حنيفة⁵، (بل عليه

الكفارة⁶ في الخطأ. وقال: عليه الديةُ في ماله) في العمد والخطأ⁷، والكفارةُ في الخطأ (كالمستأمنين) أي: كما أنَّ المسلمين

¹ د: ولده.

² د - بالأخذ.

³ د: فإن.

⁴ ح: ويتصدق.

⁵ ح - عند أبي حنيفة.

⁶ د: وتجب الكفارة.

⁷ ح - والخطأ.

المستأمنين في دار الحرب إذا قَتَلَ أحدهما صاحبه عمداً أو خطأ؛ فعلى العاقل الدية في ماله إيفاقاً، إنَّما لم تجب على العاقلة؛ لأن العواقل لا تعقل العمد، وكذا في الخطأ؛ لأن العاقلة لا يقدر الصيانة مع تباين الدارين.

وله: إنَّ الأسراء تبع لهم في دارهم؛ لصيرورتهم مقهورين في أيديهم، فيستقط عنهم العصمة، وبدون العصمة الكاملة لا تجب الدية كما لم تجب فيما إذا قتل مستأمن مسلماً منهم، ولم يهاجر، وإنَّما وجب الدية في المستأمنين؛ لأنَّهما في دار الإسلام حُكماً وإن كانا في دار الحرب حقيقةً.

(ونثبت العصمة المقومة) أي: المثبتة للإنسان قيمة بحيث من هتكها فعليه القصاص أو الدية (بالدار) أي: بالإحراز بدار الإسلام. (لا بالإسلام) يعني: قال الشافعي: يثبت بالإسلام.

وهذا أصلٌ مختلفٌ فيه يتفرع عليه مسألةٌ مختلفٌ¹ فيها، وهي أنَّ الحربي إذا أسلم في دار الحرب، فقتله مسلماً عمداً أو خطأ، وله ورثة مسلمون؛ فلا شيء عليه إلا الكفارة في الخطأ، وقال الشافعي: تجب الدية في الخطأ، والقصاص في العمد. اكتفى بذكر الأصل في المتن عن ذكر الفرع.

له: إنَّ العصمة المؤتممة. وهي تجعل من هتكها أثماً بالله. بالإسلام إجماعاً للزجر عن تعرض المعصوم، فيثبت² به المقومة؛ لأن في ثبوتها كمال الزجر، فصارت كالوصف للمؤتممة.

ولنا: قوله تعالى: ﴿فَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٍّ لَكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَخْرِيرَ رَقَبَةٍ﴾ [النساء، 92/4] يعني: إن كان المقتول من الأعداء داراً وديناً، فالآية سبقت لبيان أنواع القتل وموجباته، فأوجب أولاً في المؤمن والذمي ديةً وكفارةً بقوله تعالى: ﴿وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرَ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَّةً مُسَلِّمَةً إِلَىٰ أَهْلِهِ﴾ [النساء، 92/4]، ثم أوجب في قتل مسلمٍ لم يهاجر إلينا كفارةً بقوله³ تعالى: ﴿فَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٍّ لَكُمْ﴾ [النساء، 92/4] الآية، فغلب أن لا دية في قتل مسلمٍ لم يهاجر إلينا؛ لأنه تعالى جعل كلَّ موجبٍ تحريراً رقبيةً، والزيادة يكون نسخاً للكتاب.

(ولو اشترى) مسلم (أمة في دارهم، واستبرأها بحيضة؛ فقربانها لا يجوز) عند أبي حنيفة (إلا بعد إخراجها) إلى دار الإسلام. (وأجازه قبله) أي: أجاز محمد قربانها قبل الإخراج؛ لأنه ملكها واستبرأها، فلم يبق مانع من الوطاء.

وله: إنَّ الملك لم يتم بدون الإحراز، فلا يباح. **(ولو زنى ثمة) أي:** في دار الحرب بمسلمة أو ذميمة، ثم خرج إلينا، فأقر به (لا نحدّه) وقال الشافعي: يحدُّ كما لو زنى في دار الإسلام؛ لأن المحرم قائم، ولا أثر للدار في نفي الوجوب.

ولنا: إنَّ الحدود إنما يقيمها الإمام، وولايته عن دار الحرب منقطعة، فأبي فائدة في إيجابه إذا لم يترتب المقصود عليه؛ والخلاف فيما إذا دخل دار الحرب وحده، أو في سرية من المسلمين، أو في عسكر؛ لأن أمير العسكر ما فوض إليه إقامة الحدود، أمّا لو كان الخليفة أو أمير مصر غزا بنفسه؛ فإنه يقيم الحدود في دار الحرب؛ لأن أهل جنده تحت ولايته. من «الحقائق». **(وإذا دخل حربي) في دارنا متوجّهاً (إلينا غير مستأمن، فأخذه مسلم؛ فهو فيء للمسلمين. وخصّاه به) أي:** قال: هو لمن أخذه، وفي وجوب الخمس فيه روايتان عنهما.

لهما: إنَّ سبق اليد في المباح سبب الملك، وإنَّه أخذه في دار الإسلام غير مملوك لأحد، وكان له كما لو وجد كنزاً. **وله:** إنَّه أخذه بقوة المسلمين؛ لأنه لولا خوفه من قوتهم كما دلَّ له؛ لأنه آدمي مثله، وإنَّما أطاعه لعلمه أنَّ باقي المسلمين عون له، فيكون فيئاً لهم، ولا يختص به.

(ولو أسلم) أي: الحربي بعد دخول دارنا قبل استيلاء أحدٍ عليه، (فأخذه مسلم؛ فهو فيء لهم) أي: للمسلمين عند أبي حنيفة رحمه الله. (وقال: هو حرّ) لأنه لَمَّا أسلم قبل الأخذ عتق بإسلامه، كما لو تقدّم إسلامهم دخول الدار، والمسلم لا يُتَمَلَّك ابتداءً.

وله: إنَّه لَمَّا دخل دارنا صار ملكاً لهم، وبإسلامه بعده لا يعتق، كما إذا أسلم العبد الكافر المملوك لمسلم لا يعتق. **(وإذا استأمن الحربي) أي:** دخل دارنا بأمان (لم يملك من الإقامة سنة) أي: يقول له الإمام: إن أقيمت سنة تامة وضعت عليك الجزية. إنَّما منع عن مكته سنة؛ لئلا يطَّلَع على أحوالنا، وينهي الخبر إلى دار الحرب.

¹ ح: مختلفة.

² د: فثبت.

³ ح: لقوله.

قَيْدَ بالسَّنَةِ؛ لِأَنَّهَا أَقْصَى الْأَوْقَاتِ، وَفِيهَا تَجِبُ الْجَزِيَّةُ، وَلَوْ مَنَعَ عَنِ مَكْتَبِهِ فِيمَا دُونَهَا؛ لِأَنَّهُ بَابُ التَّجَارَاتِ، وَتَضَرَّرَ بِهِ الْمُسْلِمُونَ.

(فَإِنْ أَقَامَهَا) أَي: أَقَامَ فِي دَارِنَا سَنَةً؛ (وَضَعَتْ عَلَيْهِ الْجَزِيَّةُ، وَلَا يُمْكِنُ) بِتَشْدِيدِ الْكَافِ، أَي: لَا يُعْطَى لَهُ مَكْتَبَةٌ وَقَدْرَةٌ (مِنَ الْعُودِ) إِلَى دَارِ الْحَرْبِ؛ لِأَنَّهُ صَارَ ذَمِيًّا، فَلَا يُمْكِنُ مِنْ نَقْضِهَا.

(فَإِنْ عَادَ) الْمُسْتَأْمَنُ إِلَى دَارِ الْحَرْبِ (وَلَهُ دَيْنٌ أَوْ وَدِيعَةٌ عِنْدَ مُسْلِمٍ أَوْ ذَمِيٍّ أَبِيحَ دَمُهُ) لِأَنَّهُ بِالْعُودِ بَطَلَ أَمَانُهُ، وَمَا فِي دَارِ الْإِسْلَامِ مِنْ مَالِهِ عَلَى خَطَرٍ.

(وَإِذَا ظَهَرَ عَلَيْهِمْ) أَي: غَلَبَ الْمُسْلِمُونَ عَلَى أَهْلِ دَارِ الْحَرْبِ، (فَأَسْرَ) ذَلِكَ الْمُسْتَأْمَنُ الْعَائِدُ، (أَوْ قُتِلَ؛ سَقَطَ الدَّيْنُ) وَلَا يَصِيرُ فَيْئًا؛ لِأَنَّ الدَّيْنَ لَيْسَ بِمَالٍ حَقِيقَةٍ، وَلَا يَتَصَوَّرُ عَلَيْهِ الْاِسْتِيلَاءُ، وَإِنَّمَا سَقَطَ؛ لِأَنَّهُ بِالْأَسْرِ صَارَ مَمْلُوكًا، فَبَطَلَ مَالِكِيَّتُهُ الدَّيْنَ، فَإِذَا لَمْ يَبْقَ مَمْلُوكًا لَهُ؛ صَارَ مَلِكًا لِمَنْ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ يَدَهُ أَسْبَقَ عَلَيْهِ¹ مِنْ يَدِ غَيْرِهِ، فَإِذَا² مَلَكَ الدَّيْنَ سَقَطَ عَنْ ذَمِّهِ. (وَصَارَتِ الْوَدِيعَةُ فَيْئًا) لِأَنَّ مَا فِي يَدِهِ مِنَ الْمَالِ صَارَ فَيْئًا لِلْغَنَامِينَ تَبَعًا لِنَفْسِهِ، فَكَذَا مَا فِي يَدِ مَوْدَعِهِ؛ لِأَنَّ يَدَهُ كَيْدِهِ.

(وَلَا نَحْسِنُ مَا أُوجِفَ عَلَيْهِ الْمُسْلِمُونَ) أَي: سَيَّرُوا دَوَائِمَهُمْ بِسُرْعَةٍ، وَحَصَّلُوا مِنْ أَمْوَالِ أَهْلِ الْحَرْبِ، (بِغَيْرِ قِتَالٍ) وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ: يَخْسِنُ؛ لِأَنَّهُ مَالٌ حَرْبِيٌّ، كَمَا لَوْ أَخَذُوا بِإِذْنِ الْإِمَامِ وَلَهُمْ مَنَعَةٌ.

وَلَنَا: إِنَّ الْخَمْسَ إِنَّمَا يَجِبُ فِي الْغَنِيمَةِ، وَهِيَ الْمَأْخُودُ بِالْغَلْبَةِ وَالْقِتَالِ، لَا بِالْاِخْتِلَاسِ.

(وَيَصْرَفُ مَصْرَفَ الْخِرَاجِ) كَسَدِّ الثَّغُورِ وَغَيْرِهِ.

(وَلَوْ التَّجَا حَرْبِيٌّ غَيْرُ مُسْتَأْمِنٍ، أَوْ مِنْ عَلَيْهِ الْقِصَاصُ إِلَى الْحَرَمِ؛ لَا نَقْتُلُهُ فِيهِ، بَلْ نَمْنَعُ عَنْهُ الْغَدَاءَ لِيُخْرَجَ، فَيُقْتَلُ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يُقْتَلُ فِيهِ؛ لِقَوْلِهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «الْحَرَمُ لَا يُعِيدُ عَاصِيًا وَلَا فَارًّا بِدَمٍ».

وَلَنَا: قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿وَمَنْ دَخَلَهُ كَانَ آمِنًا﴾ [آلِ عِمْرَانَ، 97/3] يَعْنِي: مَنْ دَخَلَ الْحَرَمَ كَانَ آمِنًا مِمَّا يَخَافُهُ، فَيَأْمَنُ الْقَاتِلُ عِنْدَ دَخُولِهِ عَنِ الْقَتْلِ، وَمَا رَوَاهُ قَالَهُ يَوْمَ فَتْحِ مَكَّةَ سَاعَةً³ أُبَيِّحَتْ لَهُ، ثُمَّ عَادَتْ حَرَامًا. قَيْدَ بِقَوْلِهِ: «التَّجَا»؛ لِأَنَّهُ لَوْ أَنْشَأَ الْجَنَابِيَّةَ فِي الْحَرَمِ؛ لَا يَصِيرُ آمِنًا اتِّفَاقًا.

(فَصَلِّ) فِي الْعَشْرِ وَالْخِرَاجِ

(يُؤْخَذُ الْعَشْرُ مِنْ أَرْضِ الْعَرَبِ مَا بَيْنَ الْعُدَيْبِ) وَهُوَ مَاءُ التَّمِيمِ، بَدَلٌ مِنْ «أَرْضِ الْعَرَبِ» وَبَيَّانٌ لَهَا. (إِلَى أَقْصَى حَجْرِ بِالْيَمَنِ بِمَهْرَةٍ) وَهَذَا حَدُّ الطُّولِ. وَهِنَا «إِلَى» بِمَعْنَى «مَعَ». (إِلَى حَدِّ الشَّامِ) وَحَدُّ الْعُرْسِ: مَا بَيْنَ بَيْرِينَ وَرَمْلِ عَالِجٍ إِلَى حَدِّ الشَّامِ. وَفِي «الْكَافِي»: هِيَ أَرْضُ الْحِجَازِ وَتَهَامَةَ وَالْيَمَنِ وَمَكَّةَ وَالطَّائِفَ وَالْبَرِيَّةَ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَالْخُلَفَاءَ الرَّاشِدِينَ لَمْ يَأْخُذُوا مِنْ أَرْضِ الْعَرَبِ الْخِرَاجَ، وَلَمْ يَقْبَلُوا مِنْهُمْ إِلَّا الْإِسْلَامَ أَوْ السِّيفَ.

(وَالْخِرَاجُ) أَي: يُؤْخَذُ الْخِرَاجُ (مِنَ السَّوَادِ) أَي: مَا بَيْنَ الْعِرَاقِ، سَمِّيَ بِهِ؛ لِخُضْرَةِ أَشْجَارِهِ وَزَرْعِهِ، (مَا بَيْنَ الْعُدَيْبِ) بَدَلٌ مِنْ «السَّوَادِ». (إِلَى عَقِبَةِ حُلُوانِ) وَهُوَ اسْمُ بَلَدٍ، وَهَذَا حَدُّ الطُّولِ. (وَمِنَ الْعَلْتِ) وَهِيَ قَرْيَةٌ مَوْقُوفَةٌ عَلَى الْعُلُوِّيَّةِ (أَوْ التَّلْعَلْبِيَّةِ إِلَى عِبَادَانَ) وَهُوَ حَصْنٌ صَغِيرٌ فِي شَاطِئِ الْبَحْرِ، وَهَذَا حَدُّ الْعُرْسِ؛ لِأَنَّ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ وَضَعَ الْخِرَاجَ عَلَى السَّوَادِ حِينَ فَتَحَهَا عُمَرُ بْنُ الْعَاصِ، وَأَجْمَعَ الصَّحَابَةُ عَلَى وَضْعِ الْخِرَاجِ عَلَى الشَّامِ.

(وَيُجَوِّزُ لِأَهْلِهَا) أَي: أَهْلَ السَّوَادِ (بِيعِ أَرْضِيهَا) لِأَنَّهَا مَمْلُوكَةٌ لَهُمْ.

(وَإِذَا فَتَحْتَ أَرْضَ عَنُودَ) أَي: قَهْرًا، (فَقَسَمْتُ، أَوْ أَسْلَمَ أَهْلُهَا؛ كَانَتْ عَشْرِيَّةً) لِأَنَّ الْأَثَقَ لِلْمُسْلِمِينَ وَضَعَ الْعَشْرَ عَلَيْهِمْ؛ لِأَنَّهُ عِبَادَةٌ. (أَوْ أَقَرَّ أَهْلُهَا عَلَيْهَا) يَعْنِي: إِذَا فَتَحْتَ أَرْضَ عَنُودَ، وَأَقَرَّ الْإِمَامُ أَهْلَهَا عَلَيْهَا، (أَوْ صَوْلِحُوا) أَي: صَالِحَ الْإِمَامِ مَعَ أَهْلِهَا أَنْ يَقْرَهُمْ عَلَيْهَا، وَلَمْ يَنْقَلِبْهُمْ إِلَى مَوْضِعٍ آخَرَ، (فَخِرَاجِيَّةً) أَي: فَكَانَتْ خِرَاجِيَّةً؛ لِأَنَّ الْأَثَقَ بِالْكَفَّارِ ابْتِدَاءً الْخِرَاجِ.

(إِلَّا مَكَّةَ) فَقَدْ (فَتَحَهَا صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنُودَ، وَتَرَكَهَا مِنْ غَيْرِ خِرَاجٍ)⁴ أَي: مِنْ غَيْرِ وَضْعِ الْخِرَاجِ عَلَى أَهْلِهَا.

¹ د: إليه.

² د: وإذا.

³ ح: بساعة.

⁴ هذا قول أبي عبيد القاسم بن سلام في كتاب الأموال، 178/2.

(ويعطي) أبو يوسف (الموات) وهي الأرض التي لا مالك لها، ولا ينتفع بها أحدٌ (حكم ما قَرَّب منه) أي: من الموات، (فمن أحياء وهو من حَيِّزِ أرض العشر) أي: قريبا وجانباها؛ (كان عشرياً، أو بالخراج) أي: ومن أحياء وهو من حَيِّزِ أرض الخراج؛ (فخراجياً) لأن ما قَرَّب من الشيء يأخذ حكمه، كنفاء الدار يعطى له حكم الدار حتى يجوز لصاحبها الانتفاع به. (إلا البصرة) فإنها عنده عشريَّة وإن كانت بقرب أرض الخراج، وكان القياس أن يكون خراجيَّة؛ لأنها فُتحت عنوةً، وأقرَّ أهلها عليها من جملة أراضي العراق، ولكن ترك ذلك (لاتفاق الصحابة) على توظيفهم عليها العشر، وكان البصرة يردُّ إشكالاً على أبي يوسف حيث لم يعتبر الحَيِّز فيها، فاستثناها، ولكن لم يحتج إليه؛ لأن أبا يوسف إنَّما اعتبر الحَيِّز في الأراضي المحيية لا في المفتوحة.

(واعتبره) أي: محمداً الموات (بما يحيى به) من الماء، (فإن كان ببئر) أي: إن كان إحياءه بماءٍ بئرٍ احتفرها، (أو عينٍ مستخرجة) أو بماء السماء، (أو بالأنهار العظام) التي لم يملكها أحدٌ؛ (كان عشرياً، أو بنهرٍ محتفر) أي: إن أحياءه بماءٍ نهرٍ احتفرها الأعاجم (كنهر الملك ويزدجرد) قيل: هو اسم ابن رستم، (فخراجياً) لأن سبب التَّماء والحياة هو الماء، فاعتبارٌ سببها يكون أوّلي.

اعلم أنَّ الخراج على نوعين:

خراجٌ مقاسمةٌ، وهو أن يكون الواجبُ جزءاً شائعاً من الخراج، كالربع والخمس ونحوه.

وخراجٌ وظيفيٌّ، وهو أن يكون الواجبُ شيئاً في الذمَّة يتعلَّق بالتمكُّن من الزراعة، وهو ما وضعه عمرُ رضي الله عنه.

(ويؤخذ ما وضعه عمرُ رضي الله عنه من كلِّ جريبٍ) صالح للزَّرع، وهو سِتُون ذراعاً في ستين ذراعاً، وهو ذراعُ الملك كسرى، وهو سبعُ قبضات. قيل: هذا حكايةٌ عن جريبهم في أراضيهم، وليس بتقديرٍ¹ لازم في الأراضي كلّها، بل جريبُ الأراضي يختلف باختلاف البلدان، فيعتبرُ في كلِّ بلدٍ متعارفٌ أهله.

(يلغى الماء صاعاً ودرهم) وهو بدلٌ مما وضعه، الصاعُ أربعةُ أمناةٍ. وقيل: المعتبرُ فيه ما يُرغ في ذلك الأرض، وهو الصحيح.

(ومن الرطبة) أي: من جريبيها (خمسة) دراهم، (ومن جريب الكرم أو النخل المتصل) بأن يكون كلُّ الأرض مشغولةً بها، ولا يبقى فرجةٌ بينها، أي: قطعةٌ خاليةٌ (عشرة) دراهم.

(ويوضع على ما سوى ذلك) المذكور كالزعفران والبستان ونحوهما (بحسب الطَّاقة) لأن ما وضعه عمر رضي الله عنه كان باعتبار طاقته، وفيما لم يوضع يعتبرُ الطَّاقةً أيضاً.

ونهايةُ الطَّاقة: أن يبلغ الواجبُ نصفَ الخراج؛ لأنَّنا لَمَّا ظفَرنا بهم؛ وَسَعْنَا أن نسترقِّهم ونقسَم أموالهم، فإذا قاطعناهم؛ كان التَّنصيفُ عينَ الإنصاف.

(وينقصُ عنه) أي: ينقصُ الإمامُ عما وضعه عمر رضي الله عنه (لنقصان الرُّبع) أي: الحاصل من الأرض بحيث لا تطيق تلك الوظيفة.

(ويمنع الزيادة) يعني: إذا أراد الإمامُ توظيفَ الخراج على أرضٍ زائداً على وظيفة عمر؛ لم يجز عند أبي يوسف (للزيادة) أي: لكثرة ريعها. (وأجازها) محمداً.

قَدَدنا بإرادة التوظيف؛ لأن في خراج المقاسمة. وهو أن يقسم الإمامُ الخراج بالنصف أو بالثلث. لا يجوز الزيادةُ اتِّفاقاً، ولأنَّ الزيادةَ في الأراضي التي صدر التَّوظيفُ من عمر أو من غيره لم يجز اتِّفاقاً. كذا في «الكافي».

لمحمد: إنَّ النقصَ عن الوظيفة كان جائزاً عند نقصان الطَّاقة، فيجوزُ الزيادةُ عند زيادتها.

ولأبي يوسف: إنَّ عمر رضي الله عنه بعث رجلين، فمسحا أرضَ العراق، فبلغ سِتَّةً وثلاثين ألفَ ألفِ جريبٍ، فوضعا عليها الخراج، وقالوا: لو زدنا لأطاقث، فلم يزد عمرُ رضي الله عنه على الوظيفة، ولا نزيد نحن أيضاً.

(فإن غلب الماء) على أرض الخراج، (أو انقطع، أو اصطلم الزَّرع) أي: أصابه (آفة؛ فلا خراج) عليها: أمَّا في الفصلين الأوَّلين؛ فلفوات التَّماء التَّقديريُّ المعتبر في الخراج، وهو التَّمكُّن من الزَّراعة في كلِّ الأحوال، وأمَّا في الفصل الثَّالث؛ فالأنه صار كالعشر في هذه الحالة، فسلم بسلامته الخراج، وبطل بهلاكه.

وعلى هذا لو منعه إنسانٌ من الزَّراعة؛ لا يجب عليه الخراج؛ لأنه لم يتمكَّن من الزَّراعة، والتَّمكُّن شرطٌ فيه.

¹ د: تقدير.

قالوا: هذا محمولٌ على ما إذا لم يبقَ من السنَّة مقدارٌ ما يمكنه أن يزرعَ الأرضَ ثانيًا، أمَّا إذا بقي؛ فلا يسقطُ الخراجُ. وعلى ما إذا ذهب كلُّ الخارج، وإن ذهب بعضه، وبقي مقدارٌ ما يؤخذُ منه أقلُّ الخراج، بأن بقي مقدارٌ درهمين وقفيزين؛ يجب، وإن بقي أقلُّ منه؛ لا يجب؛ لأنه لا يزيدُ على نصفِ الخارج؛ لأنَّ التَّنصيفَ عِنَ الإنصاف. كذا في «التبيين».

(ويجبُ مع التَّعطيل والإسلام) يعني: إذا عطَّلها صاحبُها؛ يجب الخراجُ عليه؛ لأنَّ التَّقصيرَ من جهته، فلا يكونُ عُذرًا. هذا إذا تمكَّن المالكُ من الزراعة ولم يزرعها، وأمَّا إذا عجز المالكُ من الزراعة؛ فلإمام أن يدفعها إلى غيره مزارعًا، ويأخذ الخراجَ من نصيب المالك، ويمسك الباقي له، وإن أجزها؛ أخذ الخراجَ من أجرتها، وإن شاء زرعها بنفقةٍ من بيت المال، فيأخذُ الخراجَ من نصيب صاحب الأرض. وإن لم يتمكَّن من ذلك، ولم¹ يجدْ من يقبل ذلك؛ باعها وأخذ من ثمنها الخراجَ. وفي «النهاية»: هذا بلا خلافٍ؛ لأنَّه إلحاقُ الضَّر بالواحد لأجل العمامة.

وكذا إذا أسلم صاحبُها؛ لأنَّ الخراجَ مؤنَّةٌ فيها معنى العقوبة، فلا تجبُ ابتداءً على المسلم بالشكِّ، ولا يسقطُ انتفاءً بالشكِّ. وإذا اشترى المسلمُ أرضَ الخراج: إن بقي من السنة مقدارٌ ما يتمكَّن من الزراعة؛ فالخراجُ عليه، وإلا؛ فعلى البائع. **(ويجوز شراءُ مسلمٍ أرضَ خراجٍ من ذميٍّ، ويؤخذُ منه) الخراجُ؛** لِمَا روي أنَّ الصحابةَ اشتروا الأرضَ الخراجيَّةَ، وأدوا الخراجَ.

(فصلٌ في الجزية)

(وإذا وُضعت الجزيةُ بتراضٍ قدرَ بما يتفقُ عليه) أي: بما يتراضون ويتفقون عليه، كما صالح النبيُّ صلى الله عليه وسلم بني نجران² على ألف ومائتي حلَّة³. (والأ) أي: إن لم توضع الجزيةُ بتراضٍ، بل بغلبة الإمام على الكفار؛ **(فترض على الغني)** وهو من يملك عشرَ آلافِ فصاعداً⁴ **(ثمانيةً وأربعون درهمًا)**.

وفي «المبسوط»: لا يقدرُ الفائق في الغنى بشيءٍ من المال، فإنَّ ذلك يختلفُ باختلاف البلدان، وفي العراق من ملك خمسين ألفًا لا يعدُّ وسطَ الحال، وينبغي أن يكون موكولاً إلى رأي الإمام.

(يؤخذُ منه كلُّ شهرٍ أربعةً، وعلى المتوسطِ) وهو من ملك مائتي درهمٍ فصاعداً إلى عشرة آلاف⁵ (أربعةً وعشرون، في كلِّ شهرٍ درهمان، وعلى الفقير المعتمل اثني عشر درهمًا، في كلِّ شهرٍ درهمٌ، لا دينارًا مطلقًا) أي: سواءً كان غنيًا أو فقيرًا، أو قيمته وهو اثني عشر درهمًا عنده.

وهذا الخلافُ في جزيةٍ يبدأ الإمام وضعها إذا أقرهم على أملاكهم، وأمَّا الجزيةُ التي وضع بالتراضي أو بالصلح يتقدَّر بحسب ما يقع عليه الاتفاق. من «المحيط».

يعني: عند الشافعي: الجزيةُ دينارٌ أو اثني عشر درهمًا على كلِّ رأسٍ غنيًا كان أو فقيرًا. وفي «الكافي»: لا بُدُّ أن يكون المعتملُ صحيحًا، وكفَّت صحتهُ في أكثر الحول، ولو كان مريضًا في أكثره؛ لا يجب عليه جزيةٌ. وكذا لو مرض في نصفه ترجيحًا لجانب الإسقاط في العقوبة.

له: قوله صلى الله عليه وسلم لمعاذٍ: «حُدْ من كلِّ حالٍ وحالمةٍ دينارًا أو عدله مغافرًا⁶»، وهو كساءٌ يمنيٌّ معلَّمٌ. ولنا: ما روي أنَّ عمرَ رضي الله عنه أمرَ عماله أن يأخذوا الجزيةَ⁷ كما قلنا، وعمل به الصحابةُ، وما رواه كان بطريق الصُّلح دون الجزية، ولهذا أمره بالأخذ من الحالمة مع أنه لا جزيةَ على المرأة؛ لأنَّها ليست من أهل النُّصرة والمقاتلة.

(ونوجها) أي: الجزية (بأول العام، لا بآخره) يعني: عند الشافعي: يؤخذُ إذا تمَّ الحول؛ لأنه حقٌّ ماليٌّ كالزكاة.

¹ د: فلم.

² ح: بحرام.

³ هذا خطأ، بل صالحهم النبي على ألفي حلَّة، انظر: سنن أبي داود، الخراج 29-30؛ السنن الكبرى للبيهقي، 187/9. كذا قوله: «بني نجران» فإن نجران ليس اسم قبيلة، فالصحيح في الحديث «أهل نجران». وذكر الكاساني «ألف ومائتي حلَّة» في البدائع الصنائع، 112/7، ومن بعده.

⁴ د - وهو من يملك عشر آلاف فصاعداً.

⁵ د - وهو من ملك مائتي درهم فصاعداً إلى عشرة آلاف.

⁶ سنن أبي داود، الخراج 29-30؛ سنن الترمذي، الزكاة 5؛ سنن النسائي، الزكاة 8؛ وليس فيه ذكر حالمة.

⁷ مصنف ابن أبي شيبة، 405/17؛ السنن الكبرى للبيهقي، 195/9 بلفظ: «أن عمر كتب إلى عماله: لا تضربوا الجزية على النساء والصبيان» إلى آخره. وأن عمر بن عبد العزيز كتب إلى عماله أن يضعوا الجزية عن أسلم من أهل الجزية، انظر: موطأ مالك، 398/2.

ولنا: إنَّها بدلُ القتل، والقتل واجبٌ في الحال، فكذا بدلُه، بخلاف الرِّكاة؛ لأنَّها عبادةٌ، فيراعى فيها التَّيسيرُ، وهذه عقوبةٌ، فيشدُّد.

(ولا نخصُّ بها أهلَ الكتاب، فتوضع¹ عليهم وعلى المجوس) اتِّفاقاً؛ لأنَّ المجوسَ من أهل الكتاب على مذهبه. (والوثني من العجم).

قال المصنِّفُ في «شرح»: هذا موضعُ الخلاف تجوز الجزيةُ عليهم عندنا، ولا تجوزُ عند الشافعيِّ. أقول: كوَّنه موضعُ الخلاف خفيٌّ؛ لأنه معطوفٌ على ما قبله، وهو وفاقيٌّ، فلو قال: توضعُ على أهل الكتاب والمجوس لا الوثني من العرب ولا على المرتدين، فليس إلا الإسلام أو السيف، ويوضع² على الوثني من العجم؛ لكان أظهرَ. له: إنَّ الأصلَ في الكفار القتالُ؛ لقوله تعالى: ﴿وَقَاتِلُوهُمْ﴾ [البقرة، 193/2]، لكنَّا تركناه في أهل الكتاب بقوله تعالى: ﴿مَنْ لَدَيْنَ أَوْثُوا الْكِتَابَ حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ﴾ [التوبة، 29/9]، والمجوسُ دخلَ فيهم؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «سئوا بهم سنةً أهل الكتاب»³، فبقي ما وراءهم على الأصل.

ولنا: إنَّ استرقاقهم جائزٌ، فيوضعُ الجزيةُ عليهم كالمجوس.

(لا من العرب) أي: لا توضعُ على الوثني من العرب اتِّفاقاً؛ لأنَّ النبيَّ صلى الله عليه وسلم بُعثَ منهم، فظهر المعجزةُ لديهم، فكفرهم يكون أفحشَ. (ولا على المرتدين) لأنَّهم عدلوا عن دين الحقِّ بعد إطلاعهم على محاسنه، فيكون كفرهم أفتح، فالعقوبةُ على قدر الجنابة. (فليس إلا الإسلام أو السيف) يعني: إمَّا أن يسلموا فيسلموا، أو يُقتلوا، وفي وضع الجزية تخفيفٌ لهم، فلم يستحقُّوه. ولو غلبنا عليهم؛ يكون نساؤهم وصبيانهم فينا؛ لأنَّ أبا بكرٍ رضي الله عنه فعل كذا⁴.

(ولا جزية على امرأة، وصبي، ولا زمن، وأعمى، ولا شيخ كبير) لأنَّها خُلِّفَ عن القتل، وهم ليسوا من أهله. (ولا عبد، ومكاتب، ومدبِّر، وأم ولد) لأنَّهم لو كانوا مسلمين؛ لَمَا وجب عليهم النُصرةُ بالقتال؛ لكونهم في يد الغير، فلا يجبُ عليهم ما هو خُلِّفَ عنها. (ولا يتحمَّلها) أي: الجزية (مواليهم) لأنَّهم تحمَّلوا زيادةَ الجزية لكونهم أغنياءَ بسبب هؤلاء، فلو وجبت عليهم مرَّةً ثانيةً؛ لصار إجحافاً بمواليهم.

(ولا راهب) وهو الذي انقطع عن الناس للعبادة، وخرج عن أهليَّة الحرب، فلا يجبُ بدلُها، وهو الجزية. (إلا أن يقدر) الراهب (على العمل في رواية) فيوضع عليه؛ لأنه أضع قدرته، فلم يعمل بها، فصار كما لو عطَّل أرضاً خراجيةً.

(ونسقطها بالإسلام والموت) وقال الشافعيُّ: لا تسقط؛ لأنَّها كسائر الديون.

ولنا: إنَّ الجزية عقوبةٌ دنيويَّة شرَّعتْ لدفع الشرِّ، وقد اندفع شرُّه بإسلامه أو موته.

(وكذا بمضي أعوام) يعني: إذا مرَّت على الذميِّ سنون، ولم تؤخذ⁵ فيها الجزية؛ سقطت عن تلك الأعوام، وتؤخذ منه جزيةُ السنَّة التي هو فيها عند أبي حنيفة. وقالوا: يؤخذُ عن الأعوام الماضية؛ لأنَّها حقٌّ واجبٌ في الدِّمَّة في كلِّ سنةٍ، فلا تسقط بالتأخير. وله: إنَّها عقوبةٌ، فهذا يؤخذ بالتَّحقير، فالعقوبةُ إذا اجتمعتْ تداخلتْ.

(ويؤدِّيها) أي: الذميُّ الجزية (بنفسه قائماً، والقابض قاعداً، ويؤخذ بتلبيسه) أي: بجيبه، (ويهرُّ) أي: يحرك، (ويقال له: أدِّ

الجزية يا ذمي) لقوله تعالى: ﴿حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ﴾ [التوبة، 29/9] أي: حقيرون.

(ويؤخذ) أي: يؤمَّر الذميُّ (بما يتميِّز به) في الهيئة عن المسلمين، (فيشدُّ وسطه بخيطٍ غليظٍ من الصوف، ولا يلبس ما

يخصُّ أهل العلم والرُّهد والشُّرف) من الثياب، حتى قيل: يكون مكاعبهم خشنةً فاسدةً اللون غيرَ مزينةٍ؛ ليكون مخالفاً لمكاعبنا.

(ولا يركب الخيل) على سرج. (وقيل: يمنعُ عنه مطلقاً) أي: عن الرُّكوب، سواءً كان على الإكاف أو على السرج (في الأصح،

إلا لضرورة) كذهاب المريض منهم إلى موضعٍ يحتاج إليه، واحتياج الإمام إلى الاستعانة بهم في الدِّفْع عن المسلمين، فيركبون (على سرج كهينة الأُكف) جمع إكاف.

1 ح: فيوضع.

2 د: ونضع.

3 موطأ مالك، 395/2؛ مصنف ابن أبي شيبة، 71/7؛ مصنف عبد الرزاق، 68/6.

4 د: هكذا.

5 د: يؤخذ.

(وينزل) عن الدوابِّ (في مجامع المسلمين، ولا يحملُ سلاحًا، ولا يُبدأُ بسلامٍ) أي: لا يسلمُ المسلمُ أولًا، (ويضيقُ عليه الطريقُ) يعني: إذا التقى المسلمُ والكافرُ؛ يجعله المسلمُ في الطريقِ الضيقِ من الطريقِ.

(وتميِّزُ نساؤهم عن نساتنا في الطريقِ) أي: في حالة المشي، بأن يكون زُهْنٌ على خلاف زَيِّ نساتنا، (والحمَّام) ويجب أن يكون على دورهم علاماتٌ يميِّزُ بها عن دورنا؛ كيلا يقفَ عليها سائلٌ يدعو لهم بالمغفرة.

(ولا ينتقضُ العهدُ) أي: عقدُ الذمَّةِ (إلا أن يلحقوا بدار الحرب، أو يغلبوا¹ على موضع، فيحاربونا) لأنَّهم لَمَّا صاروا حربًا علينا خلا عقدُ الذمَّةِ عن فائدته، وهي دفعُ شرِّ الحرابِ عنَّا. (لا بالامتناع عن أداء الجزية) لأن الغاية التي ينتهي بها القتالُ التزامُ الجزية لا أدائها، والتزامهم باقي، (إلا في رواية) وهي روايةُ «الواقعات الحساميَّة» في كتاب الزكاة، قال: إذا امتنعوا عن أداء الجزية يقاتلون؛ لأنَّهم إذا امتنعوا في الابتداء عن قبول الذمَّةِ يقاتلون، فكذا في الانتهاء.

(أو قتل مسلمٍ) يعني: لا ينتقضُ العهدُ بقتل ذمِّيٍّ مسلمًا. (أو الزنا بمسلمةٍ) لأن كلاً منهما معصيةٌ، وهي لا يمنع العهدُ ما بقي التزامهم الجزية.

(أو سبِ النبيِّ عليه السلام) لأن سبَّه كفرٌ، والكفرُ المقارنُ لم يمنع عقدُ الذمَّةِ، فالطَّارِئُ كيف يرفُعه²؟ (ولا يجوزُ إحداثُ بيعةٍ) بكسر الباء: معبد النصارى، (ولا كنيسةٍ) وهي معبد اليهود (في دارنا) في الأمصار دون القرى؛ لأن الأمصار محلُّ إقامة الشعائر، فلا يعارضُ بإظهار مخالفتها. وقيل: يمنعون في القرى أيضًا؛ لأن فيها بعضُ الشعائر، والصومعةُ للتخلِّي فيها كالبيعة. (ولا الوصيةُ به) أي: ببناء بيعةٍ (في الصحيح) قيَّد به؛ لأنه روي عن أبي حنيفة: أنَّها جائزةٌ من الثلث؛ لأنَّا أمرنا بتركهم وما يدينون.

(وإذا انهدمت القديمة؛ أعيدت) لأن المنقولُ من لدن رسول الله إلى يومنا أنَّ البَيْعَ والكنائسَ يترك، فهذا يدلُّ على جواز الإعادة؛ لأن البناء لا يقومُ دائمًا، وأمَّا قوله صلى الله عليه وسلم: «لا كنيسةَ في الإسلام»³، والمرادُ بها: إحداثها.

(ويؤخذ من نصارى بني تغلبٍ ونسائهم لا صبيانهم ضعفُ الزكاة) وأصلُ ذلك: أنَّ بني تغلب قومٌ ذو شوكةٍ من نصارى العرب، فطلب عمرُ رضي الله عنه منهم الجزية، فأبوا، وطلبوا أن يؤخذ منهم كالزكاة من المسلمين، فأبى عمرُ، فخاف عمر أن يلحقوا بالروم، فصالحهم على أن يُضاعفَ عليهم مثل زكاة المسلمين بمحضٍ من الصحابة، والمأخوذُ منهم واجبٌ بشرائط الزكاة وأسبابها، والزكاة لا تجبُ على الصبيان، وفي حق الآخذين خراجٌ.

(ويصرفُ ما حُجِّي) أي: جمع (من الخراج والجزية وأموال بني تغلب، وما أُهديَ إلى الإمام) أي: جعل هديَّةً (من أهل الحرب في مصالح المسلمين، كسبِّ الثغور) جمع ثَغْرٍ، وهو موضعُ المخافة من فروج البلدان، (وبناء القناطر والجسور) القنطرة: ما لا يُرْفَعُ، والجسورُ: ما يُرْفَعُ، (وعطاء القضاة) وهو ما يُكتبُ لهم في الديوان مما يكفيهم، (والعلماء، والعمال، وأرزاق المقاتلة وذرائعهم) أي: ذرائع المقاتلة (ما يكفيهم) لأنَّهم لو لم يعطوا كفايتهم؛ لاحتاجوا إلى اكتساب نفقة الذراري، وذا يشغلهم عن القتال، ومن مات منهم في نصف السنَّة؛ فلا شيء له من العطاء؛ لأنه صلةٌ لا دينٌ، ولهذا لا يملكه قبل القبض. ولو مات في آخرها؛ يستحبُّ صرفُ ذلك إلى قريبه.

(فصلٌ في أحكام المرتدِّين)

(يُعرضُ الإسلامُ على المرتدِّ) استحبابًا؛ لرجاء العود إليه؛ لأنه كافرٌ بلغته الدعوة، فيستحبُّ تجديدها. (وإن كانت له شبهةٌ؛ كُشِفَتْ، ويحبسُ ثلاثةَ أيامٍ إن استمهَّل) أي: طلب المهلة.

قيَّد به؛ لأنه لو لم يستمهَّل؛ يُقتلُ من ساعته في ظاهر الرواية.

(وقيل: يستحبُّ) الإمهالُ (مطلقًا) أي: سواء استمهَّل أو لا.

(فإن أسلم) فقد أحسن، (وإلا؛ قُتِلَ. ويكره) القتلُ (قبل العَرْض) لأنه مستحبُّ، وفي القتل تفيؤته.

¹ ح: تغلبوا.

² د: يدفعه.

³ الأموال لأبي عبيد، 180/1؛ السنن الكبرى للبيهقي، 24/10؛ الكامل لابن عدي، 361/3. وهو ضعيف جدًا، وقد روي عن عمر قوله، انظر: الأموال لأبي عبيد، 180/1.

(ولا شيء على قاتله) لوجود المبيح، وهو الكفر؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «من بدّل دينه فاقتلوه»¹.
والساحر كالمرتد، قال أبو حنيفة في «المجرد»: الساحر يُقتل، ولا يُقبلُ توبته في تركه السّحر، وكذلك السّاحرة؛ لأن عمر رضي
الله عنه كتب إلى نوابه أن اقتلوا السّاحر والسّاحرة.

(ويزول ملكه عن أمواله زوالاً مراعى) أي: موقوفاً، (فإن أسلم؛ عادت) أمواله إلى ملكه، (أو مات أو قُتل؛ لم نجعلها شيئاً
مطلقاً) أي: سواءً اكتسبها حال الإسلام أو الردّة. وقال الشافعي: أمواله فيءٌ مطلقاً؛ لأنه مات كافراً، فلا يرث منه المسلم.
ولنا: إن الردّة كالموت حكمًا، فيكون توريث مسلم عن مسلم.

(فما اكتسبه في حال الإسلام موروث) عند أبي حنيفة يرثه ورثته المسلمون، (وفي الردّة) أي: ما اكتسبه في حال ردّته (فيء)
عنده يوضع في بيت المال. (وقالا: موروث مطلقاً) لورثته المسلمين ككسبه في حال الإسلام.

لهما: إن ملكه في كسب الردّة باقٍ، ولهذا ينفذُ تصرّفه فيه، ولو أسلم يُقَرُّ عليه، فينتقلُ بموته إلى ورثته، ويستندُ التّوريثُ إلى
ما² قبيل ردّته؛ لأنّها سببُ الموت، فيكون توريث مسلم عن مسلم.

وله: إن تصرّفاته مرتدّاً موقوفةً لتردّد حاله، فلا يكون الملكُ الثّابتُ بها صحيحاً، فيكون فيءاً، وإسنادُ³ التّوريثُ إلى قبيل الردّة
إنّما يمكن في كسب الإسلام؛ لأنه موجودٌ عند الردّة، لا في كسب الردّة؛ لأنه معدومٌ عندها، ومن شرط الاستناد وجوده، ولو ثبت فيه
التّوريثُ؛ يثبتُ مقصوداً في الحال، وهو كان كافراً عند الاكتساب، فيكون توريث مسلم عن كافراً⁴.

(وإذا حكم بلحاظه مرتدّاً) أي: إذا لحق المرتد بدار الحرب، وحكم الحاكم بلحاظه؛ (نجله كموته، فيعتق مدبّره وأُمّ ولده،
ونحلّ دينه) المؤجّل عليه، (ويرث أهله المسلمون) ما اكتسبه في الإسلام. وقال الشافعي: لحوفه ليس كموته، فلا يعتق مدبّره وأُمّ
ولده.

قيّد بحكم الحاكم؛ لأن لحوفه قبل الحكم ليس كموته اتّفاقاً، فصار قبل الحكم كالمفقود المتردّد بين كونه حيّاً وميتاً، فالقضاء
بلحوفه صار مرجحاً جانب عدم الرجوع إلى دارنا، فيتقرّر موته.
له: إنّه نوعٌ غيبيةٌ، فأشبه الغيبة في دار الإسلام.

ولنا: إن أهل الحرب أموالٌ في حق أحكام الإسلام؛ لأن ولاية الإمام منقطعةٌ عنهم كانقطاعها عن الموتى، فاللّحاق بهم صار
كالموت، لكنّه ليس بمحكم؛ لاحتمال العود إلى دار الإسلام، وإذا اتّصل به قضاء القاضي؛ صار محكماً؛ لأن القاضي لم يقض إلا
لغلبة ظنّه ببقائه في دار الحرب، وإذا حكم بموته؛ يتعلّق الأحكام المتعلّقة بالموت حقيقةً.

(ويعتبر) أبو يوسف (كونه وارثاً وقت القضاء) لأنه يصير ميتاً به. (لا وقت اللّحاق) يعني: عند محمدٍ: يُعتبر كونه وارثاً فيه؛
لأنه هو السببُ، والقضاء لقطع الاحتمال.

(وذيّنه اللازم في الإسلام يقضى⁵ من كسب الإسلام) عند أبي حنيفة، (وفي الردّة من كسبها) يعني: ذبيّنه اللازم في الردّة
يُقضَى من كسبه فيها عنده، (والبدائية به) أي: بقضاء دينه (من كسب الإسلام أو من الردّة) أي: من كسبه فيها (روايتان) عن أبي
حنيفة: في رواية: يقضى دينه من كسب الإسلام، فإن لم يَفِ به؛ يقضى من كسب الردّة؛ لأن كسب الإسلام ملكه المورث، وكسب
الردّة فيءٌ، والدّينُ يتعلّقُ بمال المورث، إلا أنّه إذا تعدّر قضاؤه منه؛ يقضى من كسب الردّة، كذميّ مات ولا وراث له يكون ماله للمسلمين،
ولو كان عليه دينٌ يقضى منه. وفي رواية: يقضى من كسب الردّة، فإن لم يَفِ؛ فمن كسب الإسلام؛ لأن كسب الردّة خالصٌ حقّه،
وكسب الإسلام حقُّ الورثة؛ لزوال ملكه بنفس الردّة، فقضاء الدّين من حقّه أولى من حقّ الورثة.
(وقالا: يقضى منهما) أي: من كسبه في الإسلام وكسبه في الردّة؛ لثبوت ملكه فيها.

(ويبعه وشراؤه وعتقه ورهنه وتصرّفه في ماله) كالإجارة والوصية وقبض الدين (موقوف) عند أبي حنيفة. (فإن أسلم؛ صحّت
عقوده، وإن مات أو قُتل أو لحق) بدار الحرب؛ (بطلت. وأجازها مطلقاً) أي: سواءً أسلم أو لم يسلم، إلا أنّ عند أبي يوسف ينفذُ

¹ صحيح البخاري، الجهاد 147؛ سنن أبي داود، الحدود 1؛ سنن الترمذي، الحدود 25.

² ح - ما.

³ د: واستناد.

⁴ د: من.

⁵ د: نقضى.

كما ينفذ من الصحيح، حتى يعتبر تبرعائه من كل المال؛ لأن الظاهر عودُه إلى الإسلام بإزالة شبهته، فلا يكون بمعنى المشرف على الهلاك، وعند محمدٍ: ينفذ كما ينفذ من المريض، ويُعتبر من الثلث؛ لأن الغالب أنه لا يترك ما انتقل إليه، فكان ظاهر حاله التلّف. اعلم أنّ تصرفات المرتدّ مختلفٌ فيها، بعضها نافذٌ اتِّفاقاً، لقبول الهبة والاستيلاء، حتى إذا ولدت منه أمته، فادّعى نسبه؛ يثبت؛ لأن حقه في ماله أولى¹ من حق الأب في أمه ولده، وإذا يكفي لصحة الاستيلاء، فهذا أحقُّ، والطلاق فيما إذا ارتدّا معاً أو أحدهما؛ لأنه لا يفتقر إلى تمام الولاية، ولهذا صحّ طلاق العبد وتسلّم شفيعته وحجره على العبد المأذون؛ لأن كل واحد إسقاطٌ. وبعضها باطلٌ اتِّفاقاً، كالنكاح، والذبيحة، والشهادة، والإرث؛ لأنها تعتمد الملة، ولا ملة للمرتدّ. وبعضها موقوفٌ اتِّفاقاً، كولايته على أولاده الصغار، ومفاوضته؛ لأنها تقتضي المساواة، ولا مساواة بين المسلم والمُرتدّ ما لم يسلم.

وبعضها مختلفٌ فيه كما ذكر في المتن.

لهما: إنّ صحة التصرف يعتمد قيام الأهلية، وهي موجودة فيه لكونه مكلفاً، ونفاذه يعتمد الملك، وهو قائم فيه؛ لأنه لو كان زائلاً؛ لزال إلى ورثته كما بعد القضاء بلحوقه، ولم يزل إلى الورثة اتِّفاقاً. **وله:** إنّ الحرّيّ المقهور في أيدينا يتوقّف تصرفه لتوقّف حاله بين القتل والاسترقاق، والمُرتدّ أيضاً حرّيّ مقهور في أيدينا، ولهذا يُقتل، والقتل لا يجب إلا على الحرّيّ، وكونه حرّيّاً سبب لزوم ملكه وبطلان تصرفاته، إلا أنّ الإسلام مرجوٌّ من المرتد لبقاء الإيجاب، دون الحرّيّ.

(وإذا عاد) المرتدّ إلى دار الإسلام (مسلمًا بعد الحكم) أي: حكم الحاكم بلحاظه بدار الحرب مرتدّاً؛ (أخذ ما وجده من ماله في يد وارثه) بعينه؛ لأن الوارث خلف عنه في الملك، وإذا وجد الأصل؛ بطل الخلف، ولكنه إنَّما يعود إلى ملكه بقضاء أو رضا. قيّد بما وجده؛ لأن الوارث لو أزاله عن ملكه لا يضمه؛ لأنه صار له بقضاء القاضي، وكذا أمهات أولاده ومدبروه لا يعود إلى ملكه؛ لأنهم عتقوا بقضاء القاضي، والعتق لا يفسخ بعد وجوده، كالعبد المبيع إذا أبق قبل القبض، وقضي بفسخ البيع؛ لا يبطل قضاؤه بعوده² من إيقاعه.

(ولا تقتل المرتدّة، فتحبس³ وتضرب في أيام) أي: في كلّ أيام مبالغة في الحمل على الإسلام، ولا تجالس، ولا تتأكل، ولا تباع. من «الحقائق»⁴.

(لئسلم، ويصحّ⁵ تصرفها في مالها) لأنها لا تقتل، وملكها باقٍ. وقال الشافعي: تقتل؛ لعموم قوله صلى الله عليه وسلم: «من بدّل دينه فاقتلوه»⁶.

ولنا: قوله صلى الله عليه وسلم: «لا تقتل المرتدّة»⁷.

(ونحكم بصحة إسلام الصبي العاقل وردّته، فيجبر على الإسلام) لأن فيه نفعاً له، (ولا يقتل) لأنه عقوبة، وهو ليس من أهلها. وقال الشافعي: لا يصح إسلامه ولا ردّه.

قيّد بالعاقل؛ لأنه لو لم يعقل؛ لا يصحّ شيء منه اتِّفاقاً.

له: إنّه مولى عليه في حق الإسلام حتى يحكم بإسلامه تبعاً لأبويه، وهذا نتيجة العجز، فلا يكون ولياً فيه؛ لأنه آية القدرة.

ولنا: افتخار علي رضي الله عنه بإسلامه في صباه، حتى كان يقول:

سبقتكم إلى الإسلام طراً * غلاماً ما بلغت أو ان حلّمي⁸

¹ د: أقوى.

² د: يعود.

³ د: فيحبس.

⁴ د - مبالغة في الحمل على الإسلام...

⁵ د: وتصح.

⁶ صحيح البخاري، الجهاد 147؛ سنن أبي داود، الحدود 1؛ سنن الترمذي، الحدود 25.

⁷ لم نجده بهذا اللفظ، وقد أخرج الدارقطني في سننه 127/4 بلفظ: «لا تقتل المرأة إذا ارتدت»، وقال: «لا يصح عن النبي صلى الله عليه وسلم». وقد روي عن ابن عباس قوله: «لا يقتل النساء إذا هن ارتدن عن الإسلام، ولكن يحبس ويدعين إلى الإسلام، ويجبرن عليه»، مصنف ابن أبي شيبة، 597/14.

⁸ السنن الكبرى للبيهقي، 206/6؛ تاريخ مدينة دمشق لابن عسّكر، 521/42.

ولو لم يصحّ لَمَّا افتخِرَ به، وتصحيحه صلى الله عليه وسلم إسلامه مشهورٌ. كذا في «شرح المصنف».

ولقائل أن يقول: افتخارُه يحتملُ أن يكون من جهة أحكام الآخرة، وشهرتهُ تصحيحه صلى الله عليه وسلم إسلامه في أحكام الآخرة مسلمٌ، وأمّا في أحكام الدنيا من حرمان الإرث ونحوه؛ فغيرُ معلوم، فضلاً عن أن يكون مشهوراً.

فإن قلت: ثبت تصحيحه مطلقاً، فبصرفُ إليهما.

قلت: هي حكايةُ حالٍ، فلا عمومٌ لها، وأحكامُ الآخرة مرادةٌ بالإجماع، فلا يُرادُ غيرها.

والأولى أن يقال: أصلُ الأهلية ثابتٌ فيه؛ لكونه عاقلاً مميّزاً، فيصحُّ إيمانه؛ لكونه نفعاً محضاً في الدنيا والآخرة، وما يلحقه من شائبةٍ ضررٍ من حرمان الإرث ووقوع الفرقة بينه وبين امرأته المشتركة؛ فلما لا يبالي به؛ لأن المنظورَ إليه الموضوعاتُ الأصليةُ، فلما صحَّ إسلامه؛ صحَّ ردُّه؛ لأن مبنَى كليهما الاعتقادُ، وهو مبنَى على العقل، واللسانُ آلهُ وعلامتهُ، والصبيُّ صار موليّاً عليه؛ لقصور أهليته، وصار وليّاً؛ لكونه صاحبُ أصل الأهلية، فلا يتنافيان.

(ويحكمُ بالإسلام دونها) أي: يحكم أبو يوسف بصحة إسلام الصبيِّ دون ردِّته؛ لأنّها ضارّةٌ محضّةٌ، والصبيُّ ليس أهلاً لها كالأهبة.

(وإذا تنصّر) أي: صار نصرانياً (يهوديٌّ، أو بالعكس) أي: النصرانيُّ صار يهودياً¹، (ثرك) على حاله. (ولا نجبره على الإسلام)

وقال الشافعيُّ: يجبرُ عليه في قولٍ أصحّ.

وفي «النهاية»: ينبغي أن لا يطالبَ بالعود على دينه؛ لأن طلبَ الكفر كفرٌ. والوجهُ أن يقال: هو غيرُ مُقرِّ على دينه عنده، ويطالبُ بالإسلام، فإن عاد إلى دينه؛ فهل نترّكه؟ فعنه قولان.

له: إنَّ الكفرَ مللٌ مختلفةٌ، فلا يتوارثان؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «لا يتوارثان أهلُ ملتين»².

ولنا: إنَّ الكفرَ كلُّه ملّةٌ واحدةٌ، فيتوارثون ويتناكحون، والمرادُ بما رواه: الإسلامُ والكفرُ.

(فصلٌ في البغاة)

(إذا تغلّب قومٌ مسلمون على بلدٍ، وخرجوا عن الطاعة) أي: طاعة الإمام؛ (دعاهم إلى الجماعة، وكشف عن شهيتهم) التي استندوا إليها في خروجهم عن طاعته.

(ولا يبدأهم) الإمام (بقتال) بل يبدأ بكشف الشبهة؛ لأنه أهونٌ.

(فإن بدؤوا) أي: البغاة بالقتال (قاتلهم حتى يفرّق جمعهم).

(ونجيز قتالهم بسلاحهم للحاجة) لا للتمليك، يعني: إذا أصاب أهلُ العدل كراع البغاة وسلاحهم؛ يجوز أن يستعملوها في قتالهم، فإذا فرغوا عن القتال؛ ردّوها عليهم. وقال الشافعيُّ: لا يجوز؛ لأن هذا مالٌ مسلمٍ لا ينتفع إلا برضاه.

ولنا: ما روي أنّ عليّاً رضي الله عنه استعمل أهلَ صفين بسلاحهم، ثمّ ردّها عليهم بعد تفرّق شملهم، والضررُ الأدنى يُحتسبُ في دفع الضررِ الأعلى.

(وإذا بلغه) أي: الإمام خبر (تأهبهم) أي: استعدادهم للمقاتلة، (حبسهم ليتوبوا، وإن كانت لهم فئة) أي: للبغاة جماعةٌ

(أجهز على جريحهم) يعني: قتلوا من كان جريحاً منهم. وفي «الصحاح»: يقال³: أجهزْتُ على الجريح إذا أسرعتُ قتله. (وأبغع موليهم) يعني: أتبع أهلُ العدل من ولى منهم وفرّ حتى يقتله؛ لأن جريحهم يحتملُ أن يبرأ، فيعود إلى القتال، وكذا من ولى منهم. (وإلا فلا) أي: إن لم يكن لهم جماعةٌ؛ لا يُفعلُ كذلك؛ لأن شرهم مندفعٌ بدونه.

(ولا يسبى لهم ذريةً، ولا يقسمُ مالٌ) لأنهم مسلمون معصومون، (ولكن يُحبسُ) ماله (ليتوبوا، فيردّ عليهم) وكذا أسيرهم لا يُقتلُ إذا لم يكن لهم فئة.

(وإذا قتل العادلُ مورثه الباغي ورثه) لأن قتله بحقٍ، قال تعالى: وَقَاتِلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّى تَفِيءَ إِلَى أَمْرِ اللَّهِ [الحجرات، 9/49].

(وإن قتله الباغي، وقال: كنتُ) أي: كنت على حقٍّ (وأنا الآن على حقٍّ؛ ورثه) لأنه أتلّف بتأويلٍ صحيحٍ عند القتال، وهو. مع فساده

¹ د: صار يهودياً نصرانياً.

² سنن أبي داود، الفرائض 10؛ سنن الترمذي، الفرائض 16؛ سنن ابن ماجه، الفرائض 5.

³ ح - يقال.

. ملحق بالتأويل الصحيح عند انضمامه إلى المنعة في حق أحكام الدنيا، حتى لا يجب الضمان، فلا يجب به الجرم؛ لأن الإرث مستحق بالقرابة، وهذا التأويل لدفع الحرمان الذي شرع جزاءً.

وفي «الهداية»: العادل أتلّف نفس الباغي أو ماله لا يضمن، وكذا إذا أتلّف الباغي مال العادل أو نفسه. وفي «المحيط»: العادل إذا أتلّف مال الباغي يؤخذ بالضمان، فما ذكر في «الهداية» محمول على ما إذا أتلّف حال القتال إذا لم يمكن إلا بإتلاف شيء من ماله كالخيل، وأمّا إذا أتلّفوا في غير هذه الحالة؛ فلا معنى لمنع الضمان؛ لأن مالههم معصوم. (ويحكم بحرمانه) أي: أبو يوسف بحرمان الباغي (مطلقاً) أي¹: سواء قال: أنا على حق أو لا؛ لأنه قتل العادل بغير حق، فيتعلّق به حرمان الإرث، وتأويله الفاسد إنّما يُعتبر في حق دفع الضمان، والحاجة هنا إلى استحقاق الإرث، لا إلى الدّفع. ولهما: إنّ تأويله وإن كان فاسداً، لكنّه ملحق بالصحيح عند انضمامه إلى المنعة في حق دفع الضمان كما في منعة أهل الحرب، فلا يجب به الحرمان؛ لأن الإرث مستحق بالقرابة، وهذا التأويل لدفع الحرمان الذي شرع جزاءً.

(وإن قصد مسلم قتل مثله بعضاً في المصر نهاراً، فدفع عن نفسه بالسيف) أو بما يقوم مقامه في تفريق الأجزاء، (فعليه) أي: فعلى الدّافع (القصاص) عند أبي حنيفة. وقالوا: لا يلزمه؛ لأنه قتله اضطراراً ودفعاً لنفسه عن الهلاك، فصار كما لو قتله إذا قصده بالسيف ليلاً كان أو نهاراً، أو بالعصا في المصر ليلاً، أو في المفازة ليلاً كان أو نهاراً.

وله: إنّ هذا قتل لا عن ضرورة؛ لأن القتل بالعصا لا يتعجّل، فتلحقه الغوث غالباً في المصر نهاراً، بخلاف السيف؛ لأن القتل به يتعجّل، وبخلاف المفازة والليل في المصر؛ لعدم لحوق الغوث عادةً.

(ولا يؤخذ ما جباه البغاة) أي: جمعه (من الخراج والعشر ثانياً) أي: لا يؤخذ من الملاك ثانياً؛ لأن ولاية الأخذ كانت للإمام لحمايته، وقد عجز عنها. (فإن صرفوه) أي: البغاة ما جمعه (مصارفهم؛ أجزأ أهله) أي: يكون ما على الملاك مؤدّى، فلا تجب الإعادة. (والأ) أي: إن لم يصرفوا إلى مصارفها (أعادوا فيما بينهم وبين الله) لعدم وصول الحق إلى اهله. وقيل: لا إعادة عليهم؛ لأن البغاة كَمَا تسَلّطوا؛ صار حكمهم كحكم الإمام، ولهذا يصحّ منهم تفويض القضاء وإقامة الجمعة. وقيل: الأحوط أن يُعاد صدقة السوائم والعشور دون الخراج؛ لأنه حقّ المقاتلة، والبغاة مقاتلة يقاتلون أهل الحرب.

كتاب الحظر والإباحة

(يُحْرَمُ النَّظَرُ إِلَى الْعَوْرَةِ) بالنُّصُوصِ الْمُحَرِّمَةِ، وَعَلَيْهِ إِجْمَاعُ الْأُمَّةِ. (إِلَّا لِلضَّرُورَةِ كَالطَّبِيبِ) فَإِنَّ نَظَرَ جَائِزٌ إِلَى مَوْضِعِ الْمَرَضِ فَقَطْ. (وَالْحَاتِنِ، وَالْقَابِلَةِ).

(وَيَنْظُرُ الرَّجُلُ مِنَ الرَّجُلِ وَالْمَرْأَةُ مِنْهُ) أي: تنظر المرأة من الرجل إذا أمنت الشهوة، (وَمِنَ الْمَرْأَةِ إِلَى غَيْرِ الْعَوْرَةِ، وَمِنَ زَوْجَتِهِ) أي: ينظر الرجل من زوجته (وَأَمْتِهِ الَّتِي يَحِلُّ لَهَا) وَطَوُّهَا (إِلَى جَمِيعِهَا) أي: إلى جميع عورتها. قيّد بحلّ وطئها؛ لأن محرمة الوطئ كأمته الأخت من الرضاع والمجوسية؛ لا يحلّ النظر إلى فرجها.

(وَمِنَ مَحَارِمِهِ) أي: ينظر الرجل من محارمه (وَأَمَّةِ الْغَيْرِ إِلَى الْوَجْهِ، وَالرَّأْسِ، وَالصَّدْرِ، وَالسَّاقَيْنِ، وَالْعُضْدَيْنِ) لأن بعض هذه الأعضاء يكون مكشوفاً في ثياب مهنتهنّ وبيوتهنّ عادةً، وبعض المحارم يدخل عليهنّ من غير استئذان، ولو حرّم النظر؛ لأدّى إلى الحرج، بخلاف ما سوى الأعضاء المذكورة؛ لأنّها قلّما يكشف في العادة، فحرّم النظر إليها.

(ولا بأس بمسّ ذلك) أي: بمسّ ما يجوز النظر إليه (إذا أمن الشهوة) وإذا لم يأمن؛ لا ينظر ولا يمسّ. (ويمسّ للشراء وإن خاف) للضرورة.

(ولا ينظر من الأجنبية إلا إلى الوجه والكفين) لأن في إبداء هذين العضوين ضرورةً إلى مقابلة الرجال في الأخذ والإعطاء، فيعرف من هذا الاستثناء أنّه يحرم النظر إلى القدمين، وفي رواية عن أبي حنيفة: إنّّه يجوز النظر إليهما؛ لظهورهما بالضرورة في المشي.

¹ د - أي.

² د: حكم.

³ د: نظر.

(إذا أمن، فإن خاف) الشهوة (امتنع) عن النَّظَرِ إلا لضرورة؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «من نظر إلى محاسن امرأة بشهوة؛ صُبَّ في عينه الأثكُل يوم القيامة»¹.

(إلا القاضي والشاهد) فإنَّ النَّظَرَ لهما جائزٌ عند القضاء والشَّهادة عليها، وإن² خافا الشَّهوة؛ لضرورة الحاجة إلى إحياء حقوق الناس. وأما النَّظَرُ إليها عند تحمُّل الشهادة لها مع خوف الشهوة؛ فالأصحُّ: أنه لا يباح؛ لوجود غيره في التَّحمُّل ممن لا يشتبهى.

(ولا يمسُّ) وجهها وكفها (وإن³ أمن) على نفسه من الشهوة؛ لعدم الاحتياج إلى المسِّ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «من مسَّ كفَّ امرأةٍ ليس فيها سبيان؛ وُضِعَ في كفِّه [281و] الجمرُ يوم القيامة»⁴.

(وينظر العبدُ من سيِّدته ما ينظرُ الأجنبيُّ) أي: الموضوع الذي يحلُّ أن ينظره الأجنبيُّ. (والخصيُّ) أي: ينظر الخصيُّ (من الأجنبية ما ينظر الفحلُّ) لأنه فحلٌّ يجامع. وقيل: هو أشدُّ جماعاً؛ لأن الله لا يفتُر. وكذا المَجْبُوبُ؛ لأنه ينزل بالسَّخِّق، وكذا المَخْتَنُّ؛ لأنه فحلٌّ فاسقٌ.

(ولا بأس بالنَّظَرِ إلى من يريد نكاحها وإن⁵ علم الشَّهوة في نفسه) لقوله صلى الله عليه وسلم: «أَبْصَرْتَهَا، فَإِنَّهُ أُحْرَى»⁶، والمقصودُ من النظر: إقامة السنة، لا قضاء الشهوة.

(ولا بأس بالمصافحة) لقوله صلى الله عليه وسلم: «إذا التقى المؤمنان، فتصافحا؛ تناثرَتْ ذنوبُهُمَا كَتَنَّاثرِ الورقِ اليابسِ من الشجر»⁷. قال النوويُّ في «شرح صحيح مسلم»: مصافحةُ الناس بعد الفجر والعصر ليس بشيءٍ؛ لأنه لا أصل له.

(وتقبيلُ يد العالم والسُّلطان العادل) لِمَا روي أنَّ الصحابةَ رضي الله عنهم كانوا يَقْبِلُونَ أطرافَ رسول الله صلى الله عليه وسلم⁸، وأبا بكرٍ قبَّل بين عينيه بعدما فُيِّضَ⁹.

(ويبيحُ) أبو يوسف (للرَّجُلِ عناقَ الرجل وتقبيله) لما روي أنَّه صلى الله عليه وسلم عانقَ جعفرًا عند قدومه من الحبشة، وقبَّل بين عينيه¹⁰. وقالوا: يكره؛ لورود النَّهي عن المعانقة.

قالوا: هذا فيما إذا عانقا عاريين، أمَّا إذا كانا متَّقيين؛ فلا كراهةَ اتِّفاقاً، وفيما إذا كان التَّقبيلُ عن شهوةٍ، وإن كان على وجه المبرِّة؛ فلا بأس. وما يفعله الجُهَّالُ من تقبيل يد نفسه إذا لقي غيره؛ فمكروهٌ، ولا رخصةَ فيه، وما يفعلون من تقبيل الأرض بين يدي العلماء؛ فحرَّم.

وذكر الصدرُ الشهيدُ: لا يكفُرُ بهذا السُّجود؛ لأنه يريدُ به التَّحِيَّةَ.

وقال شمسُ الأئمة السرخسيُّ: السُّجودُ لغير الله على وجه التَّعظيمِ كفرٌ.

وكان الشيخُ أبو القاسمِ يقومُ للأغنياء دون الفقراء والعلماء، وسئل عن ذلك، فقال: الأغنياءُ يتوقَّعون مِنِّي التَّعظيمَ، فلو تَرَكْتُهُ يتضَرَّرون، وغيرهم ليس كذلك.

¹ لم نجده إلا في الهداية للمرغنياني، 368/4. وقال الزيلعي في نصب الراية (239/4): «غريب»؛ وقال ابن حجر في الدراية 225/2: «لم أجده وهذا الوعيد ورد فيمن استمع إلى حديث قوم وهم له كارهون». وقد روي مرفوعاً: «ما من مسلم ينظر إلى محاسن امرأة أول مرة، ثم يغض بصره إلا أحدث الله له عبادة يجد حلاوتها»، انظر: مسند أحمد بن حنبل، 264/5.

² وفي هامش ح: وصل.

³ وفي هامش ح: وصل.

⁴ لم نجده إلا في المبسوط للسرخسي، 154/10؛ والهداية للمرغنياني، 368/4. وقال الزيلعي في نصب الراية 240/4: «غريب»؛ وقال ابن حجر في الدراية 225/2: «لم أجده».

⁵ وفي هامش ح: وصل.

⁶ سنن الترمذي، النكاح 5؛ سنن ابن ماجه، النكاح 9، بلفظ «انظر إليها فإنه أحرى».

⁷ شعب الإيمان للبيهقي، 473/6. وروي من قول مجاهد، انظر: مصنف ابن أبي شيبة، 433/19.

⁸ شعب الإيمان للبيهقي، 200/2؛ الاخير للموصلي، 157/4.

⁹ سنن ابن ماجه، الجنائز 65.

¹⁰ مسند البزار، 209/6؛ شرح معاني الآثار للطحاوي، 281/4؛ المستدرک للحاكم، 319/1.

(ويحلُّ للنِّساء لبسُ الحرير) لقوله صلى الله عليه وسلم مشيرًا إلى حريرٍ: «هذا حلالٌ لإناثِ أمتي»¹، والقليلُ منه معفوٌّ للذكور؛ لما روي أنَّه صلى الله عليه وسلم استثنى منه مقدارَ وضعِ أربعِ أصابعٍ كالأعلام²، فإنَّه جائزٌ، وروي أنَّه صلى الله عليه وسلم لبسَ جبَّةً مكفوفةً بالحرير³.

(وتوسُّده) أي: جعلَ الحريرَ وسادةً، (وافتراشه مباحٌ) عند أبي حنيفة. وقالوا: يكره؛ لأنَّ التوسُّدَ والافتراشَ مثلُ اللُّبسِ في عادةِ الأكاسرة، والتشُّبُّ بهم ممنوعٌ.

وله: إنَّ التوسُّدَ ليس بلبسٍ، وقد روي أنَّه صلى الله عليه وسلم جلس على مرفقةِ حريرٍ⁴.

فإن قلت: على هذا كان ينبغي أن يحلَّ الجلوسُ على كرسيٍّ فضَّةٍ مع أنَّه حرامٌ؟

قلنا: الحريرُ لباسٌ أهلُ الجنَّة، فجاز القليلُ منه كالعلم، والجلوسُ عليه ليكون نموذجًا لنعم الآخرة وترغيبًا، والفضَّةُ لا يكون، وإنَّما يكون منها الكرسيُّ ونحوها، فلم يجز الجلوسُ على الفضَّة؛ لأنَّ عينَ الشَّيء لا يكون نموذجًا.

(ولبسه في الحرب مكروهٌ) عند أبي حنيفة. وقالوا: لا بأس به؛ لما روي أنَّه صلى الله عليه وسلم رخصَ في لبسِ الحرير⁵؛

ليكون أهيبَ في عينِ العدوِّ بلمعانه.

وله: عمومُ النَّهي عنه من غيرِ فصلٍ، والمحرَّمُ إنَّما يحلُّ للضرورة، وما ذكره يحصلُ باللُّبسِ مخلوطًا، بأن يكون لحمته حريرًا

وسداه غيره، فلا يحلُّ المحرَّم بلا ضرورة.

(ولا بأس بما سداه) يعني: يحلُّ ثوبٌ سداه (إبريسمٌ، ولحمته فُطْنٌ أو خَزٌّ) وهو صوفٌ غنم البحر؛ لأنَّ الثوبَ يصيرُ ثوبًا

بالنَّسج، والنَّسجُ باللُّحمة، فكان هي المعتبرةُ دون السددي، وأمَّا ما لحمته حريرٌ وسداه غيره؛ فلا بأس به في الحرب للضرورة دون غيره.

(ويحلُّ لهنَّ التحلِّي بالذهب والفضَّة، ويحرَّم على الرِّجال) لأنه صلى الله عليه وسلم قال مشيرًا إلى الإبريسم والذهب:

«هذان حرامان على ذكور أمتي وحلٌّ لإناثهم»⁶، والفضَّةُ في معنى الذهب. (إلا الخاتم) لما روي أنَّه صلى الله عليه وسلم اتَّخذ خاتمًا

من فضَّة⁷، (والمنطقة، وحليَّة السيف من الفضَّة) قيَّد به؛ لأنَّ التَّختمَ والتَّحليَّة بالذهب وغيره غيرُ جائزٍ؛ لما روي أنَّه صلى الله عليه

وسلم نهى عن خاتمٍ ذهبٍ وصفرٍ وحديدٍ، وقال: «إنَّه حليَّة أهل النار»⁸، ويجعل الرجلُ الفصَّ إلى باطن كفه، والمرأةُ إلى ظاهرها؛ لأنه زينةٌ في حقيقتها، والأفضلُ لغير القاضي والسُّلطان تركُ التَّختم.

(وشدُّ السنِّ بالذهب لا يجوز) عند أبي حنيفة. (وأجازاه كالفضَّة) لما روي أنَّ عرفة أصيبَ أنفه يوم الكلاب، فاتَّخذ أنفًا

من فضَّةٍ، فأنتن، فأمر النبيُّ صلى الله عليه وسلم أن يتَّخذَ أنفًا من [281ط] ذهب⁹.

وله: إنَّ استعمالَ الذهب والفضَّة حرامٌ إلا عند الضرورة، وهي إذا اندفعت بالأدنى - وهو الفضَّة - لا يباح له الأعلى، أمَّا إباحته

في حديث عرفة بالذهب؛ فكان لضرورة، ونحن نقولُ به، وشدُّ الأسنان ليس كذلك.

(ويكره أن يُلبس الصبيُّ الحريرَ والذهب) لأنَّ لبسَهُما حرامٌ على الذُّكور، فيحرمُ لبسَهُما، كالخمر، فإنَّ شربها لَمَّا حرَّم حَرَم

سقيها.

¹ سنن النسائي، الزينة 40؛ مسند أحمد بن حنبل، 392/4؛ شرح معاني الآثار للطحاوي، 251/4، بمعناه.

² صحيح البخاري، اللباس 24؛ صحيح مسلم، اللباس 15؛ سنن الترمذي، اللباس 1؛ سنن ابن ماجه، الجهاد 21.

³ صحيح مسلم، اللباس 10؛ سنن أبي داود، اللباس 9، بلفظ: «مكفوفين بالديباج».

⁴ لم نجده إلا في الهداية للمرغناني، 366/4. وقال الزيلعي في نصب الراية 227/4: غريب جدًّا؛ وقال ابن حجر في الدراية 221/2: لم أجد، بل روي

عكسه، «أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن لبس الحرير والديباج والجلوس عليه»، انظر: صحيح البخاري، اللباس 26.

⁵ صحيح البخاري، الجهاد 90؛ اللباس 28؛ صحيح مسلم، اللباس 25. وذلك للزبير بن العوام وعبد الرحمن بن عوف خاصة.

⁶ سنن أبي داود، اللباس 11؛ الترمذي، اللباس 1؛ سنن النسائي، الزينة 40.

⁷ صحيح البخاري، العلم 7؛ اللباس 45؛ صحيح مسلم، اللباس 55.

⁸ سنن أبي داود، الخاتم 4؛ سنن الترمذي، اللباس 43؛ سنن النسائي، الزينة 46، بمعناه.

⁹ سنن النسائي، الزينة 41؛ صحيح ابن حبان، 276/12.

وفي «الجامع الصغير»: يكره حمل المنديل لمسح العرق؛ لأنه بدعة لم يفعله النبي صلى الله عليه وسلم، ولا الصحابة والتابعون، وكانوا يمسحون بأطراف أربعتهم. والصحيح: أنه لا يكره؛ لأن المسلمين قد استعملوا في عامة البلدان لدفع الأذى، و«ما رآه المؤمنون حسناً فهو عند الله حسن»¹، وقد روي أنه صلى الله عليه وسلم كان يمسح وضوءه بالخرقة².

وحاصله: إن من فعل ذلك تكبراً؛ فهو مكروه، ومن فعل لحاجة؛ لم يكره، كالتربع والاتكاء، فإن فعله تكبراً مكروه، وإلا فلا. **(ويحرم استعمال الآنية منهما)** أي: من الذهب والفضة **(للرجال والنساء)** لأنه صلى الله عليه وسلم نهى عن الشرب عن آنيتهما³؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «من شرب من إناء فضة أو ذهب؛ فإنما يجرجر في بطنه نار جهنم»⁴، وسائر الانتفاع بها كالشرب منها.

(ولا بأس بالعقيق، والبلور، والزجاج) أي: لا يكره استعمالها؛ لأنها ليست من جنس الأثمان، فلا يقع بها التفاحز. **(والشرب في الإناء المفصض)** أي: المرصع والمحلّى بالفضة، **(والجلوس على السرير المفصض جائز)** عند أبي حنيفة **(إذا أتقي موضعها)** على بناء المجهول، أي: اجتنب الشارب عن موضع الفضة بأن لا يضع فمه عليها، أو لا يأخذها باليد. **(ويكرهه)** أي: أبو يوسف الشرب منه. **(ووافقهما في روايتين)** أي: وافق محمدًا أبا حنيفة في رواية، وأبا يوسف في أخرى. قيد بـ«المفصض»؛ لأن الشرب من الإناء المموه بالفضة التي لا يتخلص لا بأس به اتفاقاً؛ لأنها يكون مستهلكة.

لهما: إن استعمال جزء من الإناء كاستعمال كله، فيكره. **وله:** إن الاستعمال قصداً ورد على الجزء الذي يلاقي به العضو، وما سواه تبع في الاستعمال، ولا معتبر بالتواضع، فلا يكره، كالجبة المكفوفة بالحريز، والمسمار من الذهب في الفص⁵.

(ويقبل في الهدية والإذن) أي: إذن المولى عبده بشرائه أو بيعه **(قول صبي، وعبد، وأمة استحساناً)** لأن الهدايا يُعقب على أيدي هؤلاء عادة، والعبد يبيع في الأسواق ويشترى⁶، فلا بُدَّ أن يُصدقوا في قولهم: هدى هذا إليك فلان، أو أذن لي مولاي، وإلا؛ لصار حرجاً على الناس.

(وفي المعاملات قول الفاسق) لأنها يكثر وجودها، والعدل لا يوجد في كل موضع، فيقبل قول الواحد عبداً كان أو حُرّاً دفعاً للحرج.

(وفي الديانات قول العدل حُرّاً كان أو عبداً) لأن وجودها لا يكثر كالمعاملات، فلا تقبل إلا قول المسلم العدل، فإذا أخبر عدلً بنجاسة الماء؛ لم يتوضأ، وإن أخبر فاسقاً أو مستوراً؛ تحرى، فإن غلب على صدقه رأيه يتمم، وإن غلب على كذبه يتوضأ⁷ ويتمم بعده احتياطاً؛ لأن الفاسق متهم، فجاز أن يرتكب الكذب.

قيد بـ«العدل»؛ لأن قول المستور فيها لا يقبل في ظاهر الرواية، وعن أبي حنيفة: يقبل قوله فيها بناءً على جواز القضاء بظاهر العدالة عنده، والأول هو الصحيح. كذا في «الكافي».

(ويعزل عن أمتة بغير إذنهما، ويستأذن الزوجة) لأن لها حقاً في الوطاء وتحصيل الولد، ولهذا حُجِرَتْ إذا ظهر زوجها محبوباً، ولا حق للأمة في الوطاء.

(ويكره استخدام الخصيان) لأنه يكون باعناً للناس على هذا الصنع الشنيع.

(ولا بأس بإخصاء البهائم، وإنزاع الحمير⁸ على الخيل) لأن فيهما منفعة للناس.

¹ موطأ مالك برواية الشيباني، 355/1. وقد روي عن ابن مسعود قوله، انظر: مسند أحمد بن حنبل، 379/1.

² لم نجده إلا في العناية للبابرتي، 23/10، بل روي عكسه، «أن النبي صلى الله عليه وسلم أتى بمنديل فلم يمسسه»، انظر: مصنف ابن أبي شيبة، 153/2؛ صحيح البخاري، الغسل 7؛ صحيح مسلم، الحيض 38.

³ صحيح البخاري، الاستأذان 8؛ سنن الترمذي، الأشربة 10.

⁴ صحيح البخاري، الأشربة 27؛ صحيح مسلم، اللباس 1؛ وليس فيه ذكر الذهب؛ وقد ذكر في السنن الكبرى للنسائي، 196/4-197.

⁵ د: الفضة.

⁶ ح: ويشري.

⁷ د: تتوضأ.

⁸ د: الحمر.

وفي «الكفاية»: يقال: خصاه إذا نزع خصيَّته، يخصيه خصاءً، والإخصاء في معناه خطأ.
(ونحرّم الشّطرنج مطلقاً) أي: قامر به أو لم يقامر، أمّا إذا قامر يكون ميسراً، وهو حرامٌ بالنصّ، فسقطَ عدالته، وإن لم يقامر
 يكون حراماً أيضاً؛ لما روي أنّ عليّاً رضي الله عنه مرّ بقومٍ يلعبون بالشّطرنج، ولم يسلمهم عليهم، فسئل عنه، فقال: كيف أسلمت على قوم
 يعكفون على أصنامٍ؟ وضرب رؤوسهم². وقال الشافعيُّ: يجوز اللّعبُ بالشّطرنج؛ لأن فيه تشحيذَ الخاطر، وتذكيةَ الفهم، وهو أمرٌ
 محمودٌ.

قال المصنّف في «شرحه»: يجوز الشطرنجُ عنده لهذا القصد دون القمار.
أقول: على هذا كان ينبغي أن يبيّن مذهبه على التّفصيل بالإرداف؛ لأن المفهوم من المتن: أنّه مباحٌ عنده مطلقاً.
(ويكرهُ تعشيرُ المصحف ونقطه) لقول ابن مسعود: جرّدوا المصاحف³، وفي التّعشير والنقط⁴ تركُ التّجريد.

قال صاحبُ «الهداية»: في زماننا لا يُدّ للعجم. / [282و]
(ولا بأس بتحلّيته) أي: بجعل المصحف ذا خلّيٍ تعظيماً له، **(ونقش المسجد وتزيينه)** لأن عثمانَ رضي الله عنه فعل ذلك
 بمسجدِ رسول الله صلى الله عليه وسلم، ولم ينكره الصّحابة⁵.

(ويكره بيع السّلاح أيام الفتنه) أي⁶: إذا علِم أنّ المشتري من أهل الفتنه؛ لأنه يكون سبباً للمعصية.
(ويجيزُ) أبو يوسف **(بيع أرضٍ مَكَّةَ كبنائها. وكرهاه)** أي: جرّاه مع الكراهة⁸. **(والجوازُ)** أي: الجوازُ بلا كراهةٍ كما قاله أبو
 يوسف **(روايةً)** عن أبي حنيفة؛ لأن في إثبات الكراهة حججاً عن الملاك العقلاء، وهو ممنوعٌ.
 وجهُ الكراهية: أنه⁹ صلى الله عليه وسلم قال: «ألا إنّ مَكَّةَ حرامٌ لا يباعُ رباغها»¹⁰، فظاهرُ النصّ يقتضي تحريمَ البيع، وكونهم
 ملائكاً يقتضي جوازَ التصرف في أملاكها، فثبت¹¹ بينهما الكراهية.

(ويجوز بيع العصير ممن يتنّخذه خمراً) لأن عينَ العصير عارٍ عن المعصية، وإنّما يلحقه الفسادُ بعد تغيّره، بخلاف بيع
 السّلاح في أيام الفتنه؛ لأن عينه آلةٌ للشّر بلا تغييرٍ.
(وإذا باع مسلمٌ خمراً، وقبض الثمن، وعليه) أي: على المسلم **(دينٌ؛ كره لربِّ الدّين أخذُه منه)** لأن الخمر ليست بمالٍ
 متقومٍ في حقِّ المسلم، فبقي الثمن على ملك المشتري، فلم يحلّ له أخذه.
 قيّد به؛ لأن البائع لو كان ذمياً؛ لا يكره لربِّ الدين أن يأخذَه¹²؛ لأن الخمر مالٌ متقومٌ في حقِّ الذمّي، فملك الثمن، فحلّ
 الأخذُ منه.

(ونجيز بيع الرّوث) وقال الشافعيُّ: لا يجوز؛ لأنه نجس العين، فشابه العذرة وجلد الميتة.
ولنا: إنّه مالٌ منتفعٌ به يلقي في الأراضي لاستكثار الربيع، فيجوز بيعه، بخلاف العذرة؛ لأنه لا ينتفع بها مجردةً، بل مخلوطةً
 بالتراب الغالب عليها.
(ويكره الاحتكارُ في أقواتِ بني آدم والبهائم في بلدٍ يُضربُ به) أي: بذلك البلد الاحتكارُ.

¹ د - إذا.

²

³ مصنف ابن أبي شيبة، 501/5؛ المعجم الكبير للطبراني، 353/9، بلفظ: «جرّدوا القرآن».

⁴ ح: والنقطه.

⁵ صحيح البخاري، المساجد؛ 29؛ سنن أبي داود، الصلاة، 12.

⁶ د - أي.

⁷ د: أراضي.

⁸ د: الكراهية.

⁹ ح: لأنه.

¹⁰ سنن الدارقطني، 14/4؛ المستدرک للحاكم، 53/2؛ السنن الكبرى للبيهقي، 35/6؛ بلفظ: «مكةٌ مناخ لا يباع رباغها». وفي سنن الدارقطني 12/4 بلفظ:

«إن الله حرم مكة فحرام بيع رباغها».

¹¹ د: فيثيت.

¹² د: أخذه.

قَيَّدَ بِـ«الأقوات»؛ لأن الاحتكارَ في غيرها غيرُ مكروهٍ عند أبي حنيفة؛ لأن الإضرارَ فيه أخفُّ. وقال أبو يوسف: كلُّ ما أضرَّ بالعامَّة حِسُّهُ؛ فهو احتكارٌ.

وقَيَّدَ بِ«الإضرار»؛ لأنه لو لم يضرَّ لا بأسَ به.

قالوا: حدُّ الاحتكار: أن يكون في مدَّةٍ طويلةٍ، وهي الشهرُ وما فوقه. قيل: هذا الحدُّ في حقِّ المعاقبة في الدنيا، وأما الإثم؛ فحاصلٌ وإن¹ قَصُرَتِ المدَّةُ، فإذا رفع أمرُ المحتكر إلى القاضي؛ أمره ببيع ما فَضَّلَ عن قوته وقوت أهله، فإن لم يمتثل؛ حَبَسَهُ وعَزَّرَهُ على ما يراه. قيل: يبيِّع القاضي على المحتكر طعامه بغير رضاه اتِّفَاقًا، وأبو حنيفة كان لا يرى بيع مال المديون جبرًا، لكن أجازَه هنا دفعًا للضرر العامِّ، كالحجر على الطَّيِّب الجاهل.

(وإذا احتكر غلَّةً صَيَّعَتِهِ جاز) لأنه خالصٌ حقِّه لم يتعلَّق به حقُّ العامَّة.

(والمجلوبُ من بلدٍ آخرٍ لا احتكارٌ فيه) عند أبي حنيفة رحمه الله. وقالوا: فيه الاحتكارُ، لكن عند محمدٍ إنَّما يُكره إذا كان المجلوبُ منه قريبًا إلى المصرِ بحيث يجلبُ منه² غالبًا، وإن كان بعيدًا لا يجلبُ منه في العادة؛ لا يكره الاحتكارُ فيما جلب منه.

ولأبي يوسف: إطلاقُ قوله صلى الله عليه وسلم: «من احتكر فهو خاطئ»³.

ولمحمد: إنَّ البلدَ القريبَ من المصرِ يكون كفنائِه، فيتعلَّقُ به حقُّ العامَّة، والبعيدُ ليس كذلك. هذا توضيحٌ ما في «شرح المصنف».

أقول: لو أفرز قولُ محمدٍ بالإرداف على التَّفصيل؛ لكان أبيضَ وأحسنَ.

(ويُكرهُ التَّسَمُّيُّ) لأن الثمنَ حقُّ العاقد، وتقديرُهُ يكون إليه، ولا ينبغي للإمام أن يعرِّضَ له، إلا إذا كان فيه ضررٌ للعامَّة بأن

يبيع قريبًا من مائة ما اشتراه بخمسين، فيمنع منه، ويقدِّرُ له السعرَ بمشورةٍ من أهل البصيرة.

وفي «الهداية»: من باع منهم بما قدره الإمام صحَّ؛ لأنه غيرُ مكرهٍ على البيع.

وفي «المحيط» و«شرح المختار»: البائع إذا خاف أن يضرَّ به الإمام إن نقصَ من سعره؛ لا يحلُّ ما باعه؛ لأنه في معنى المكره، فالحيلةُ فيه أن يقول له: يعني بما تحبُّ، فحينئذٍ بأيِّ شيءٍ باعه يحلُّ. ولو اصطُح أهلُ البلد⁴ على سعر الخبز واللحم، وشاع ذلك؛ فالمشتري إذا وجد المبيع ناقصًا منه له أن يرجع على البائع بالتقصان؛ لأن المعروفَ كالمشروط. كذا في «التبيين».

(وأجازوا للذميِّ دخولَ المسجد) وقال مالكٌ: لا يُجوز؛ لقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا الْمُشْرِكُونَ نَجَسٌ﴾ [التوبة، 28/9].

(ونجيزه) أي: دخولَ الذميِّ (في الحرم) وقال الشافعيُّ: لا يجوز؛ لقوله تعالى: ﴿فَلَا يَقْرُبُوا⁵ الْمَسْجِدَ الْحَرَامَ بَعْدَ غَايِهِمْ هَذَا﴾ [التوبة، 28/9].

ولنا: ما روي أنَّه صلى الله عليه وسلم أمر بضرب خيمةٍ في وسط المسجد الحرام لوُفِدَ تقيفٌ، فنزلوا فيها، وكانوا كقنارًا⁶.

(ويجيز) أبو يوسف (الدُّعاءَ بمعقدِ العزِّ من عرشك) / [282ظ] لأن الدُّعاءَ بهذا اللَّفْظِ مأثورٌ عن النبيِّ صلى الله عليه

وسلم: «اللهمَّ إِنِّي أسألك بمعقدِ العزِّ من عرشك»⁷. (وكرهاه)؛ لأنه موهمٌ تعلَّقَ عَزَّ الله بالعرش، وهو مُخَدَّتٌ، والله تعالى بجميع صفاته قديمٌ، وما رواه من الدُّعاءِ غريبٌ، وتقديمُ القاف على العين تصحيْفٌ يُوَدِّي إلى الكفر؛ لأنه يكون من القعود، وفيه تشبيهُ الله بمخلوقٍ، تعالى الله عنه. ويكره أيضًا أن يقال في الدعاء: بحقِّ نبيك؛ لأنه لا حقَّ لمخلوقٍ على حقِّ.

(فصلٌ في المسابقة)

(وتجوز المسابقةُ على الأقدام، والخيل، والبغال، والحمير، والإبل، والرمل) لأنَّها من أسباب الجهاد، ويحتاج إليها في

إقامة هذه الفريضة.

¹ وفي هامش ح: وصل.

² د: فيه.

³ صحيح مسلم، المسابقات 129؛ المعجم الكبير للطبراني، 445/20.

⁴ د: بلد.

⁵ د: تقربوا.

⁶ سنن ابن ماجه، الصيام 52؛ مسند أحمد بن حنبل، 9/4؛ مصنف ابن أبي شيبة، 64/6. وليس فيه ذكر المسجد الحرام، بل كان في مسجد النبي.

⁷ المعجم الكبير للطبراني، 12/25؛ الموضوعات لابن الجوزي، 142/2؛ السيوطي، اللآلئ المصنوعة، 56/2.

(فإن شرط فيها جُعلٌ من أحد الجانبين) بأن يقول أحدهما لصاحبه: إن سبقتني فلك كذا، وإن سبقتك فلا شيء لي، (أو) من ثالثٍ لأُسبِقِيهِمَا) بأن يقولوا للثالث: إن سبقتنا فالمالان لك، فإن سبقتنا فلا شيء لنا. (جاز) إنَّما جاز في هذين الوجهين؛ لاشتماله على التحريض على آلة الحرب.

(أو من الجانبين) أي: إذا شُرِّطَ الجعْلُ من الجانبين (حَرْمٌ) لكونه قمارًا، (إلا أن يكون بينهما محللٌ بفرسٍ كَفِيٍّ) بتشديد الياء، أي: نظير (لفرسيهما) يتوهَّمُ أَنَّهُ سبقهما.

قيد به؛ لأن الفرسَ المحلَّلَ لو لم يكن مثلَّهما لم يجز؛ لأنه لا فائدة في إدخاله بينهما، ولم يخرج من أن يكون قمارًا. (إن سبقهما أخذَ منهما) الجعْلَ، (وإن سبقاه لم يُعْطِيَهُمَا) شيئًا، (وفيما بينهما أيهما سبق أخذَ من صاحبه) وعلى هذا التفصيل إذا تنازعا في مسألة، وتراجعا إلى شيخ؛ لأن في ذلك حثًّا على العلم كما كان في المسابقة حثًّا على الجهاد.

(كتاب الوصايا)

(تُستحبُّ الوصِيَّةُ) وكان القياسُ أن لا تجوز؛ لأنه تمليكٌ مضافٌ إلى زمانٍ زوال الملك، وهو ما بعد الموت، ولكننا استحسنا جوازها للحاجة العائقة، فإنَّ الإنسانَ مبتلى بطول الأمل، ويقصرُ فيما يقَرُّ به من العمل، فيتداركُ حين يأتيه الأجلُ بعضَ ما فرطَ فيه من الرِّكْلِ، فيصرف ماله إلى الخيرات، وقد تبقى¹ المالكيَّةُ بعد الموت باعتبار الحاجات، كما يبقى في قدر التَّجهيز والدَّيْنِ.

(وتقدَّرُ بالثُّلُثِ، ويفضَّلُ أن ينقصَ² منه) لقوله صلى الله عليه وسلم: «الثُّلُثُ والثُّلُثُ كثيرٌ»³ في جواب من قال: أوصي بثلث مالي. (وأن يتركها) أي: يفضَّلُ أن يترك الوصِيَّةَ (إن كان ورثته فقراء لا يستغنون بأنصباهم) أي: بما يرثون منه؛ لأن فيه رعاية حقِّ الفقراء والقراية معًا، فكان أولى، وإن كانوا يستغنون بما يرثون؛ فالأولى أن يوصيَ بما دون الثُّلُثِ؛ لإطلاق قوله: «الثُّلُثُ كثيرٌ».

(وتصحُّ⁴ للأجنبيِّ) الوصِيَّةُ (مسلمًا كان أو كافرًا) ذميًّا؛ لأن تَبَرُّعَ كُلٍِّ منهما للأخر كان جائزًا حال الحياة، كذا بعد الممات. قيَّدنا بالذميِّ؛ لأن الوصِيَّةَ للحربيِّ باطلَّةٌ. (بغير إجازتهم) لأنه تصرفٌ فيما هو محضُ حقِّه، وهو الثُّلُثُ.

(ولا تجوزُ للوارث) الوصِيَّةُ، لقوله صلى الله عليه وسلم: «ألا لا وصِيَّةَ لوارثٍ إلا بإجازة الوارث»⁵، ويُعتبرُ كونه وارثًا وقت الموت لا وقت الوصِيَّةِ، حتى لو أوصى لأخيه، ثُمَّ وُلِدَ له ابنٌ؛ صحَّت الوصِيَّةُ. (ولا بما زاد على الثُّلُثِ) لقوله صلى الله عليه وسلم: «الحيثُ في الوصِيَّةِ من أكبر الكبائر»⁶، وفُسِّرَ بالزيادة على الثُّلُثِ. (إلا بها) أي: بإجازة الوارث إذا كانوا كبارًا؛ لأن المنع كان لتعلق حقِّهم بالتركة، فإذا أجازوا؛ فقد زال سببُ المنع.

(وإذا لم يكن وارثٌ؛ نجيزها بالكلِّ) يعني: إذا أوصى لأجنبيِّ بكلِّ ماله، ولا وارث له؛ صحَّت الوصِيَّةُ، ويسلَّمُ ماله إليه عندنا. وقال الشافعيُّ: صحَّت الوصِيَّةُ في الثلث، ويوضع الثُّلُثان في بيت المال؛ لأن محلَّ الوصِيَّةِ هو الثُّلُثُ.

ولنا: إنَّ ما زاد على الثُّلُثِ لعائقة المسلمين، والموصى له منهم، وقد يرجح بإيصاله له. (ولا نجيزها) أي الوصِيَّةُ (للقاتل) وهو مباشرُ القتل حقيقةً عامدًا كان أو خاطئًا؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «لا وصِيَّةَ للقاتل»⁷ (إلا بإجازة) يعني: إذا أجازت⁸ الوارثُ جاز؛ لأن المنع كان لحقِّهم. وقال الشافعيُّ: يجوز؛ لأن جناية القاتل لا تُخرجه عن أهليَّة أن يتبرَّع عليه غيره.

1 ح: يبقى.

2 د: وتفضل أن تنقص.

3 صحيح البخاري، الجنائز 35؛ الوصايا 3؛ صحيح مسلم، الوصية 5، 8.

4 ح: ويصح.

5 سنن ابن ماجه، الوصايا 6؛ مسند الشاميين للطبراني، 325/3؛ السنن الكبرى للبيهقي، 264/6.

6 سنن سعيد بن منصور، 674/2؛ الميسوط للسرخسي، 144/27. وأخرج في سنن الدارقطني، 266/5 بلفظ: «الإضرار في الوصية من الكبائر». وقد روي

هكذا عن ابن عباس قوله انظر: السنن الكبرى للنسائي، 320/6.

7 لم نجده إلا في التجريد للقدوري، 4023/8. وقد روي بلفظ: «القاتل لا يرث»، انظر: سنن الترمذي، الفرائض 12؛ سنن ابن ماجه، الفرائض 8. وقال الترمذي:

«لا يصح». وروي بلفظ: «ليس للقاتل شيء»، انظر: سنن أبي داود، الديات 18.

8 د: أجازته.

(ولا يعتبرها) أي: أبو يوسف الإجازة؛ لأن امتناع الوصية لأجل الجناية، وهي قائمة، ولو لم يكن له وارث أصلاً؛ يجوز عندهما خلافاً له. ولو كان القاتل صبيًا أو مجنونًا؛ جازت الوصية وإن لم يجز الورثة إتفاقاً. من «الحقائق».

(ولا نجزها من صبيٍّ مميّزٍ) يعني: إيصاء الصبي في القرب لا يصح عندنا. وقال الشافعي: يصح؛ لما روي أن عمر رضي الله عنه أجاز وصية غلامٍ مراهقٍ.

ولنا: إنه تبرّع، وهو ليس من أهله، وما رواه محمود على الوصية في تجهيزه، وذا جائز عندنا أيضاً. وكذا الخلاف في المجنون. من «المحيط».

(ولا من معتقل اللسان بالإشارة) يعني: من اعتقل لسانه، فأوصى بشيء بالإيماء؛ لا يُعتبر عندنا، ويعتبر عند الشافعي؛ لأن الإشارة قائمة مقام العبارة في الأخرس؛ لعجزه، فكذا هذا.

ولنا: إن الموضوع للسان هو العبارة، والإشارة قامت مقامها في الأخرس؛ لنيابته عن العبارة، وفي المعتقل من المرض زواله مرجو، فلا تكفي¹ إشارته للبيان مع إمكان العبارة عنه.

وعن أبي حنيفة: إن دامت العقل إلى وقت الموت؛ يجوز، فكان كالأخرس، وعليه الفتوى. من «الحقائق».

(ولا تجوز من مكاتبٍ مع وفاءٍ) لأن الوصية تبرّع، وهو ليس من أهله.

(وتصح للحمل) لأن الوصية استخلاف من وجه؛ لأنه يجعله خليفة في بعض ماله، والجنين يصلح خليفة في الإرث، فكذا في الوصية.

فإن قيل: القبول شرط في الوصية، والجنين ليس من أهله، فكيف يصح له الوصية؟

قلنا: الوصية تشبه الهبة وتشبه² الميراث، فلشبهها بالهبة يشترط القبول إذا أمكن، ولشبهها بالميراث يسقط إذا لم يمكن عملاً بالشبهين.

(وبه) أي: تجوز وصية حمل جاريتة لفلان (إذا وضع لأقل من ستة أشهر من يوم الوصية) لتيقن وجوده عند الإيصاء. هكذا في «النهاية» من غير تفصيل. وذكر في «الكافي» ما يدل على أنه إن أوصى للحمل؛ يُعتبر من وقت الوصية، وإن أوصى به؛ يُعتبر من وقت الموت.

(وبأمنه دونه) يعني: إذا أوصى بجارية لفلان إلا حملها؛ صحت الوصية؛ لأن أفراد الحمل بالوصية صحيح، فيصح استنناؤه.

(ويعتبر قبولها) أي: قبول الوصية (وردها بعد الموت) لأن الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت، فيعتبر قبولها بعده.

(وتملك بالقبول) لأنه لو ثبت الملك بغير قبول؛ لتضرر الموصى له إذا كان الوصية بعد زمن أعمى بحيث تجب عليه نفقته. (إلا أن يموت الموصى له بعد الموصى قبل القبول، فيملكها ورثته) أي: ورثة الموصى له؛ لأن الوصية قد تمت بموت الموصى لا يحتمل الفسخ من جهته، وإنما توقفت لحق الموصى له، فإذا تمت دخل في ملكه، كما في البيع المشروط فيه الخيار إذا مات من له الخيار قبل الإجازة دخل المبيع في ملكه، فينتقل إلى ورثته.

(ويجوز له) أي: للموصى (الرجوع صريحاً) بأن قال: رجعت عما أوصيت به، (ودلالة) بأن يفعل في الموصى به فعلاً يدل

على الرجوع، كما إذا أوصى بقطن فغزله أو باعه، أو بشاة³ فذبحها. (ويجعل) أبو يوسف (جحوده) أي: إنكار الموصى وصيته (رجوعاً) لأن الجحود نفي في الماضي والحال، فكان أقوى من الرجوع؛ إذ هو نفي في الحال فقط، ولهذا قالوا: إذا جحد المرتد الردة كان تائباً. (وخالفه) محمداً رحمه الله، (ويختار للفتوى) لأن الرجوع إثبات للوصية في الماضي، والجحود نفي لأصل العقد، فلا يجامعه الرجوع، ولهذا قالوا: جحود التكاك لا يكون طلاقاً.

(وإذا أوصى إلى آخر) أي: جعله وصياً، (فقبل في وجهه، ورد في غير وجهه؛ فليس برد) لأنه لَمَّا قِيلَ في وجهه؛ اعتمد

الموصى على قوله، فلو جاز له الرد بغير حضرته؛ كان ذلك تغيراً به؛ لأنه حينئذ يموت بلا وصي، فلم يجز، كما لم يجز للوكيل أن يعزل نفسه بغير حضرة الموكل. (وإن ردها في وجهه؛ صح) إذ لا غرور فيه؛ لإمكان أن يوصي إلى آخر.

¹ ح: يكفي.

² ح: يشبه الهبة ويشبه.

³ د: شاة.

(وإن سكت) الوصي، فلم يقبل في وجهه ولم يرد (حتى مات) الموصي (خير الوصي) إن شاء قبل، وإن شاء رد، فلو باع شيئاً من تركته يكون قبولاً، ونفذ بيعه، سواء علم بالوصاية أو لا، بخلاف الوكيل إذا لم يعلم بالتوكيل فباع لا ينفذ؛ لأن الوصاية خلافة؛ لثبوته حال انقطاع ولاية الميت، فلم يتوقف على العلم كالورثة، وأما التوكيل؛ فليس باستخلاف؛ لثبوته حال قيام الموكل، فلم يصح بغير علم من يثبت عليه.

(فإن رد) الوصي الإيصاء في غيبته أو بعد موته، (ثم قيل؛ اعتبرنا قبوله إن لم يخرج القاضي) قيد به؛ لأنه لو قبل بعد إخراج القاضي وحكمه بطلان الوصية برده؛ لم يصح قبوله؛ لأنه قضاء في مجتهده فيه.
(لا رده مطلقاً) يعني: قال زفر: رده معتبر، سواء أخرجه القاضي أو لم يخرج؛ لأن الإيصاء يرتد برده، فلو رده في وجهه يرتد، فكذا في غيبته.

ولنا: إن الإيصاء شرع نفعاً للموصي، فلو ارتد في غيبته؛ لتضرر به الموصي، فإذا بطل رده؛ يُعتبر قبوله.
(أو بالتأثت) يعني: لو أوصى بثلاث ماله، (فقال: لا أقبله) في حال حياته، (ثم قيل بعد موته؛ أجزناه) وقال زفر رحمه الله: لا يجوز قبوله بعد رده؛ لأن الوصية بطلت بالرد، فلا يصح قبوله بعد ذلك، كالإقرار إذا رد بتكذيب المقر له؛ لم يصح تصديقه بعده.
ولنا: إن الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت، فيعتبر الرد والقبول بعده، فبطل الرد قبله.

(ويضم القاضي إلى العاجز) أي: الوصي العاجز (من يعينه) رعاية لحق الموصي والورثة، (فإن شكنا إليه ذلك) أي: إن شكنا الوصي القاضي عجزه عن القيام بالوصية، (لا يجيبه) أي: القاضي إلى شكائته، ولا يضم إليه آخر؛ لاحتمال كذبه (حتى يتحققه) أي: يتيقن عجزه. (فإن ظهر عجزه) أي: عجز الوصي للقاضي (أصلاً) أي: بحيث لا يكون قادراً على التصرف (استبدل به) غيره رعاية للجانبين.

(وإن شكنا منه الورثة) أي: من الوصي؛ (لا يعزله) القاضي؛ لأنه استفاد الولاية من الميت، (حتى تظهر¹ له خيائته) فإذا ظهرت عزله؛ لأن الميت إنما استخلفه لأمانته، فلما فانت نبوت القاضي منابه في الإيصاء إلى أمين.
(وإن أوصى إلى عبد أو كافر أو فاسق أخرجه) القاضي، وفي هذه العبارة دلالة على أن الإيصاء إلى هؤلاء صحيحة؛ لأن الإخراج إنما يكون بعد الدخول. وجه صحته: أن أصل النظر ثابت لهؤلاء باعتبار قدرة العبد وولاية الكافر في الجملة، حتى² نفذ³ شراؤه عبداً مسلماً، وولاية الفاسق على نفسه وغيره على ما عرف من أصلنا.

(ونصب غيره) إتماماً للنظر، أما في العبد؛ فلتوقف ولايته على إجازة المولى. وأما في الكافر؛ فللمعاداة الدينية الباعثة على ترك النظر في حق المسلم. وأما في الفاسق؛ فلموضع التهمة بسبب فسقه.
(أو إلى عبد نفسه) يعني: إذا جعل عبده وصياً (وفي الورثة كباراً؛ لم يصح) الإيصاء؛ لأن الكبير يمنع عن التصرف في نفسه، فيخلو الوصية عن فائدتها.

(وإن كانوا صغاراً؛ فهي) أي الوصية إلى عبده (صحيحة) عند أبي حنيفة، ولا يصح عندهما، يعني: إن القاضي يخرج عن الوصاية، ويقيم غيره مقامه لا أنه وقع باطلاً، حتى لو تصرف قبل أن يخرج القاضي؛ نفذ تصرفه. من «الحقائق».
قيد بالعبء؛ لأنه لو أوصى إلى مكاتبه جاز اتفاقاً.
وقيد بعبد نفسه؛ لأن إن⁴ نصب عبد غيره لا يجوز اتفاقاً. وإن أجاز مولا. من «الحقائق»⁵.
لهما: إن في صحة هذه الوصية إثبات الولاية للمملوك على المالك، وهذا قلب المشروع.
وله: إنه مخاطب مستبد بالتصرف، فيكون أهلاً للوصاية، وليس لأحد عليه ولاية، فإن الصغار - وإن كانوا ملائكة - ليس لهم ولاية المنع من التصرف، ولا منافاة، والظاهر أن شفقته عليهم أكثر من الأجنبي.

1 ح: يظهر.

2 ح: يعني.

3 ح: ينفذ.

4 د - إن.

5 ح - وإن أجاز مولا، من «الحقائق».

(أو إلى اثنين) أي: إذا أوصى إلى رجلين؛ (يجيز) أبو يوسف (انفراداً أحدهما بالتصرف مطلقاً) أي: في جميع الأشياء؛ لأن الوصاية سبيلها الولاية، وهو وصف شرعي لا يتجزأ، فيثبت لكلٍ منهما على الكمال كولاية الإنكاح للأخوين. (ومنعاه) أي: قال: لا ينفرد؛ لأن الولاية يثبت بالتفويض، فإرعى وصفه، وهو الاجتماع؛ إذ هو شرط مفيد، وما رضي الموصي إلا اجتماع رأيهما، إلا فيما لا يحتاج إلى الرأي كقبول الهبة¹.

(إلا من شراء كفن، وتجهيز، وطعام الصغير، وكسوته، وردّ ودیعة بعينها، وقضاء دين) أي: إذا كان التركة من جنس الدين، (وبخصوصية، وقبول هبة، وتنفيذ وصية بعينها) إذا كانت تخرج من الثلث، فإن التصرف في هذه الأشياء ضروري، والضروريات مستثناة.

أمّا شراء الكفن والتجهيز؛ فلأن في تأخيره إلى حضور الآخر فساد حال الميت. وأمّا طعام الصغار وكسوتهم؛ فلفساد حالتهم² بالتأخير، ولهذا يملكه من يعوله وإن كان أجنبيًا. وأمّا ردّ ودیعة بعينها وقضاء دين؛ فلأنه من باب الإعانة، وليست من باب الولاية؛ لأنه لا يحتاج في ذلك إلى الرأي، وصاحب الدين إذا ظفر بجنس حقه يأخذه.

وأمّا الخصومة في حقوق الميت؛ فلأن الاجتماع فيها متعزّز. وأمّا قبول الهبة؛ فلأن في التأخير آفة الفوات. وأمّا تنفيذ وصية بعينها؛ فلعدم توقّف ذلك على الرأي. (أو إلى كلٍ منهما) أي: إذا أوصى إلى كلٍ من الوصيين (على انفراده؛ ينفرد) كلٌ منهما بالتصرف اتفاقاً، (كالوكيلين) يعني: إذا وكل كل واحد على انفراده ينفرد بالتصرف؛ لأنه صار راضيًا برأيه وحده.

(وقيل: على الخلاف) يعني: في هذه المسألة وفي التي قبلها الخلاف واحد؛ لأن وجوب الوصية عند الموت، فيصيران وصيين عند الموت دفعة، بخلاف الوكيلين؛ لأن الوكالة تعقب إحداها الأخرى. ذكر في «المبسوط»: هذا القول هو الأصح. (وإذا أوصى الوصي إلى آخر) يعني: إذا مات الوصي، فأوصى إلى آخر؛ (نجمه وصيًا في الترتين) أي: في تركة الوصي وتركة الميت الأول. وقال الشافعي: لا يكون وصيًا في تركة الميت الأول؛ لأن الوصي كالوكيل، ثم الوكيل³ لا يملك أن يوكل غيره، فكذا الوصي.

ولنا: إن الموصي لما اعتمد عليه بعد موته مع علمه أنه قد يعجز بسبب من الأسباب؛ كان إذنًا له منه بإيصائه إلى غيره وإقامته مقامه دلالة، بخلاف الوكيل؛ لأن الموكل يمكنه تحصيل مقصوده بنفسه، فلا يرضى بتوكيل غيره.

(أو في تركة نفسه) يعني: إذا أوصى إلى آخر في تركة نفسه؛ (فهو وصي فيهما) أي: في الترتين. (وخصاه به⁴) أي: قال: هو وصي في تركة نفس الوصي دون الموصي الأول؛ لأنه نصّ على الإيصاء من تركة نفسه، فتقتصر عليه. وله: إن الوصية استخلاف فيما كان له من الولاية، وعند الموت كانت له ولاية في الترتين، فينزل الثاني منزلته فيهما. ولو قال: أوصيت إليك في أموري وأمور الميت الأول؛ يصير وصيًا عنهما اتفاقاً. من «الحقائق».

(وان أوصى إلى زيد في الأعيان) أي: في التصرف في الأموال المعينة، (وبكر في الديون) أي: أوصى إلى بكر في تقاضي الديون؛ (خصّ) محمّد (كلًا منهما فيما يخصه) كالمضاربة إذا خصّها ببعض التجار⁵ يختص به. (وقالا: هما وصيان فيهما) أي: في الأعيان والديون؛ لأن الولاية لم يكن متجزئة في حق الموصي، فكذا لا يتجزأ في حق من قام مقامه. وكذا الخلاف فيما إذا جعل أحدهما وصيًا لبعض أولاده وميراثهم، والآخر لبقيتهم وميراثهم.

¹ د: الهدية.

² د: حالهم.

³ ح - ثم الوكيل.

⁴ ح - به.

⁵ د: التجارة.

(ويجوز أن يحتال) أي: قبل الوصي الحوالة (بمال اليتيم إن كان خبيراً له) أي¹: بأن كان المحال عليه أملي ممن عليه المال، وإن لم يكن خبيراً له؛ لم يجز. (وبيعه منه) أي: بيع وصي الأب شيئاً من ماله من الصبي، (وشراؤه² لنفسه) أي: شراء الوصي عيناً من مال الصبي لنفسه، (وفيه نفع وفي للصبي) بأن اشترى ما يساوي عشرة بخمسة عشر، أو باع ما يساوي خمسة بعشرة. (جائز) عند أبي حنيفة. وقالوا: لا يجوز.

قيّد بالوصي؛ لأن الأب لو باع مال الصغير من نفسه بمثل القيمة أو بغبن يسير يجوز لوفور شفقتة. وقيدنا بوصي الأب؛ لأن وصي القاضي لا يملك ذلك اتفاقاً؛ لأنه وكيل، ولا يجوز بيع الوكيل وشراؤه لنفسه. وقيد بقوله: «وفيه نفع»؛ لأنه لو لم يكن نفع فيه على ما فسر لا يجوز اتفاقاً. كذا في «الحقائق».

لهما: إن الواحد لا يتولّى طرفي العقد في البيع؛ لامتناع أن يكون مطالباً ومطالباً، إلا الأب، فإنه جاز له لكامل شفقتة. وله: إن الوصي قائم مقام الأب، وخليفته على ولده، فجاز له التصرف بشرط ظهور النفع.

(وأجزنا للأب شراء مال ولده) الصغير (من نفسه بمثل القيمة) وقال زفر: لا يجوز.

قيّد به؛ لأنه لا يجوز بالغبن اتفاقاً. كذا في «الكافي».

أقول: لعلة أراد به: الغبن الفاحش؛ لأن الغبن اليسير لا يمكن التحرز عنه، فألحق بمثل القيمة، ولو اعتبر ذلك؛ لانسد باب التصرف.

له: إن حقوق العقد من الجانبين متنافية لا يتصور قيامها بشخص واحد.

ولنا: إن الأب بكامل ولايته ووفور شفقتة جعل كمشخصين، فتولّى طرفي العقد، مرّ بيأته في أول كتاب البيوع.

(ولا يقترض الوصي ماله) أي: مال اليتيم. (ويجوز للأب) الاقتراض من مال ولده. (وليس لهما) أي: للوصي والأب (إقراضه) حفظاً لمال الصغير عن الضياع. (ويجوز للقاضي) إقراضه؛ لقدرته على الاستيفاء بالحبس وغيره.

(ولا يجوز بيعه له) أي: بيع الوصي للصبي (وشراؤه بغبن فاحش) قيّد به؛ لأنه بالغبن اليسير جائز.

(ويضارب) في ماله، أي: يأخذ الوصي مال اليتيم مضاربة، (ويدفعه مضاربة) لأنه قائم مقام الأب.

(ويأكل منه) أي: الوصي من مال اليتيم (عند الحاجة) أي: إذا ذهب فيما يتعلّق لحاجته؛ لقوله تعالى: ﴿وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [النساء، 6/4].

(وإذا كان في الورثة صغاراً وكباراً غيباً) جمع غائب، (وحضوراً) جمع حاضر؛ (فللوصي بيع عقارهم وعروضهم) من نصيب صغارهم وكبارهم عند أبي حنيفة. (وقالوا: إن كانوا حضوراً لم يبع نصيب الكبار) عروضاً كان أو عقاراً، وله بيع نصيب الصغار من العروض والعقار، (أو غيباً) أي: إن كان الورثة غائبين كباراً (باع عروضهم لا غير) أي: لا يملك بيع عقارهم.

قيّد بقوله: «صغار وكبار»؛ لأن الورثة لو كانوا كلهم صغاراً، سواءً كانوا حضوراً أو غيباً؛ فللوصي بيع العقار والعروض جميعاً، على الميت ديناً أو لا، بمثل القيمة أو بما يتغابن فيه اتفاقاً.

وفي «الكافي»: «هذا جواب السلف، وأما جواب المتأخرين؛ فإنما يجوز بيع عقار الصغير إذا كان على الميت دين، ولا وفاء له إلا من ثمن العقار، أو يكون للصغير حاجة إلى ثمن العقار، أو يرغب المشتري في شرائه بضعف القيمة، وعليه الفتوى.

ولو كانوا كباراً حضوراً، ولا دين ولا وصية؛ لا يجوز للوصي بيع شيء من التركة؛ لعدم ولايته على الكبار. ولو كانوا كلهم غيباً مدة السفر، ولم يكن في التركة دين ولا وصية؛ فله بيع العروض دون العقار اتفاقاً.

والخلاف في حالة الاختلاط: بأن يكون البعض كباراً والبعض صغاراً، وبعض الكبار حضوراً وبعضهم غيباً.

لهما: إنّه لا ولاية على الكبار الحضور، ولا ولاية له في بيع عقار الغيب؛ لأنه ليس من باب الحفظ، وبيع العروض من باب الحفظ؛ لأن حفظ ثمنها أيسر.

وله: إن بيع نصيب الصغار جائز اتفاقاً، وفي بيع نصيبهم شائعاً ضرر بالصغار؛ لأن بعض العقار مشاعاً لا يشتري به الكل، فيثبت له ولاية بيع الكل نظراً لهم، ودفعاً للضرر عن الصغار.

1 د - أي.

2 د: أو شراؤه.

(وله بيع كل التركة) عند أبي حنيفة (لدين أو وصية) يعني: إذا كان دين على الميت أو كان قد أوصى (بنقد، ولا نقد فيها، والورثة كبار حضور. وقالوا: بقدرهما) أي: للوصي أن يبيع مقدار الدين والوصية؛ لأن البيع للدين والوصية، فلا يجوز إلا بقدرهما. وله: إن كل جزء من التركة مشغول بالدين والوصية، ولهذا لو هلك شيء من التركة؛ يجب قضاء الدين وتنفيذ الوصية مما بقي، وجاز له بيع كل التركة لشيوع الدين والوصية في كل التركة.

(وشهادة الوصيين لوارث كبير في مال الميت مردودة) عند أبي حنيفة، (وفي غيره) أي: شهادتهما في غير مال الميت (مقبولة) عند أبي حنيفة. (وأجازها مطلقاً) أي: في الوجهين.

قيّد بـ«كبير»؛ لأن الوارث لو كان صغيراً؛ لا تجوز شهادتهما اتفاقاً، سواء شهدا بمال الميت أو بغيره؛ لأنهما شهدا لأنفسهما بولاية التصرف في المشهود به.

أقول: قوله: «وفي غيره مقبولة» خبط؛ لأن قبول شهادتهما في غير مال الميت اتفاقاً لا خلافاً، والمفهوم من «شرح المصنف» أنها في غيره خلافاً أيضاً.

وقوله: «وأجازها مطلقاً» حشو؛ لأن قولهما معلوم من قوله: «مردودة»؛ لأنه في طرف الإثبات.

لهما: إنهما أجنبيان عن المشهود به؛ إذ لا ولاية لهما على الكبار، فعريت الشهادة عن التهمة، فقبل¹.

وله: إنهما متهمان في هذه الشهادة؛ لأنهما يوجبان لأنفسهما حق الحفظ، وولاية بيع المنقول عند غيبة الوارث الكبير، فلا يقبل، وإنما قبلت شهادتهما في غير التركة؛ لأن الميت أقامه مقام نفسه في تركته، لا في تركه غيره.

(ولو شهد اثنان لاثنين بألف هي دين على ميت) أي: لو شهد رجلان لرجلين بأن لهما على الميت ألفاً، (وشهد هذان لهما بمثل ذلك) أي: شهد المشهود لهما أن لهذين الشاهدين على الميت ألفاً بعد دعواهما ذلك، (يردّهما) أي: لا يقبل أبو يوسف الشهادتين في الدين (كما في الوصية) أي: كما لا يقبل إذا شهدا أن الميت أوصى لرجلين بألف، فادعى الشاهدان أن الميت أوصى لهما بألف، وشهد الموصي لهما أن الميت أوصى للشاهدين³ بألف؛ لا تقبل الشهادتان اتفاقاً.

له: إن الدين بعد الموت يتعلّق بالتركة؛ لخراب الذمة بالموت، وكانت الشهادة تثبت حق الشركة، فيتحقّق التهمة.

ولهما: إن الدين يجب في الذمة، وهي تقبل حقوقاً شتى، فلم يقع الشركة فيها، ولا ينتقل بالموت من الذمة إلى التركة، ولهذا لو هلك التركة لا يسقط الدين، ف وقعت الشهادة لغير الشاهد، فيقبل، ولهذا لو تبرّع أجنبي بقضاء دين أحدهما؛ لا يشاركه الآخر فيه، بخلاف الوصية؛ لأن حق الموصي له يتعلّق بعين التركة حتى لا يبقى بعد هلاك التركة، فصار كل واحد من الفريقين مُشْتَبِهاً لنفسه حق المشاركة في التركة، فلا يصحّ شهادتهما.

ولو شهدا أنه أوصى لرجلين بعين، وشهد المشهود لهما للشاهدين الأولين أنه أوصى لهما بعين آخر؛ يقبل الشهادتان اتفاقاً؛ لأنه لا شركة، ولا⁴ تهمة. ولو كان المشهود عليه حياً في الصحة؛ تقبل اتفاقاً؛ لأن الدين إذ ذاك لم يتعلّق بالمال، ولا تهمة. من «الحقائق».

(ويصدقّه) أي: أبو يوسف الوصي (في قوله: أدب خراج) أي: خراج الأرض للوصي، (وجعل عبده الأبق بغير بينة. وأوجبها) محمداً، أي: قال: لا يصدق إلا ببينة، كما لو فرض القاضي عليه نفقة ذي رحمٍ محرمٍ منه، فقال الوصي: أدبها. ولأبي يوسف: إن الوصي أمين في حوائجه، وهذا من حوائجه، فيصدق فيه، كما يصدق في قوله: أدب نفقة عبده، بخلاف نفقة محارمه؛ لأنها ليست من حوائجه.

(وإذا قضى مريضٌ دين بعض غرمانه، ثم مات؛ نشارك الباقيين معه) يعني: لا يكون القابض أحق بما قبضه، بل سائر الغرمان يشاركونه على قدر حصصهم. وقال الشافعي: هو أحق بما قبض؛ لأنه قضى دينه من مال نفسه، وملك الغريم بالقبض، فيختص به كما في حال الصحة.

ولنا: إن حق الغرمان تعلّق بماله في مرضه، وتخصيصه أحدهم لا يبطل حق الباقيين، فيشاركونه.

¹ د: فتقبل.

² د: فشهد.

³ د: لشاهدين.

⁴ د: فلا.

(وأجازوا للورثة إبطال ما أجازوه من تصرفاته) يعني: إذا أجاز الورثة تبرع المورث في مرضه؛ فلهم إبطاله بعد موته عندنا. وقال مالك رحمه الله: ليس لهم ذلك؛ لأنهم أبطلوا حقهم، وإذا بطل لا يعود.

ولنا: إنَّ الورثة لا ولاية لهم على مال المورث حال حياته، فصارت الإجازة كأن لم توجد¹، فيكون لهم ولاية رد ما زاد على الثلث.

(وجعلوا حكمَ الحامل عند الطلق كمرض الموت) يعني: حكم الحامل حكمُ الأصحاء عندنا حتى يعتريه الطلق. (لا من بعد ستة أشهر) يعني: قال مالك: حكمها بعد مضي ستة أشهر من زمان العلوق حكمُ المريض مرض الموت؛ لأن ولادتها يتوهم بعد ستة أشهر ساعة فساعة، والولادة مظنة الهلاك.

ولنا: إنَّها صحيحة إلا إذا أخذها الطلق، فتصير مريضة³ حقيقة.

وفي «الحقائق»: المراد به: الوجع الذي يكون آخره انفصال الولد عنها، وسلامتها به أو موتها؛ لأن مرض الموت: ما يتصل به الموت، لا كل الوجع؛ لأنه قد يأخذها ثم يسكن.

(فصل في الإيصاء بالثلث وغيره)

(أوصى لزيد بسيف قيمته مائة، ولبكر بسدس ماله وله خمسمائة) أي: والحال أن له خمسمائة درهم سوى السيف، وسلم إليهما السيف وسدس خمسمائة، (يأخذ بكر سدسها) أي: سدس خمسمائة، (وزيد خمسة أسداس السيف، وسدس السيف بينهما) أي: بين زيد وبكر نصفان عند أبي حنيفة بناءً على أن القسمة عنده بطريق المنازعة، فنقول: اجتمع في السيف وصيَّتان: وصية بجميعة، ووصية بسدسه؛ لأن الموصي أوصى له بسدس المال، والسيف من جملة ماله، فيدخل في الوصية بالسدس جزماً، فجعلنا السيف على ستة لحاجتنا إلى السدس، ثم نقول: لا منازعة لصاحب السدس في السيف فيما وراء السدس، فيسلم خمسة أسداس السيف للموصي له بالسيف، بقي سهم واحد، وهو السدس، وقد استوت منازعتهم فيه، فيكون بينهما نصفان، فلما لم يستقم سهم على اثنين؛ ضربنا الستة في الاثنين، فصار اثني عشر، وإذا صار السيف اثني عشر، وقيمته مائة؛ صار خمسمائة على ستين سهماً، فصار المجموع اثنين وسبعين، ونقلنا الوصية في اثنين وعشرين: للموصي له بالسيف أحد عشر سهماً كله من السيف، وللموصي له بالسدس أحد عشر سهماً أيضاً: سهم من السيف، وعشرة أسهم من باقي المال، وسهام الوصايا أقل من ثلث المال؛ لأن ثلث المال أربعة وعشرون، وسهام الوصايا اثنان وعشرون، وسهام الورثة خمسون، وهو أكثر من ثلثي المال؛ لأن ثلثي المال ثمانية وأربعون، فإذا كان كذلك؛ فلا عبرة لإجازة الورثة وعدمها.

(وقال: لبكر سبع السيف، ولزيد الباقي) يعني: عندهما يقسم السيف على سبعة أسهم: لصاحب السدس سهم، ولصاحب السيف ستة أسهم، بناءً على أن القسمة⁴ عندهما بطريق العول؛ لأن الحق ثابت في العين على سبيل الشئوع، فيضرب صاحب السيف بجميع السيف بستة لِمَا مرَّ أن السيف يقسم على ستة؛ لحاجتنا إلى السدس، وصاحب السدس بسدس السيف، فيصير سبعة، وإذا صار السيف سبعة وقيمته مائة؛ صارت الخمسمائة على خمسة وثلاثين، كل مائة سبعة، وليس لخمسة وثلاثين سدس صحيح، فيضرب جميع المال - وهو اثنان وأربعين - في ستة، فيصير مائتين واثنين وخمسين، السيف من ذلك اثنان وأربعون، وباقي المال مائتان وعشرة، فللموصي له بالسدس سدس ذلك، وهو خمسة وثلاثون، فصار سهام الوصايا سبعة وسبعين، وهو أقل من ثلث المال؛ لأن ثلث المال أربعة وثمانون.

والفرق بين التخرجين إجمالاً: أنهما أعطيا سبع السيف لصاحب السدس، وهو أعطى نصف سدس السيف، ولا شك أن الأول أكثر؛ لأن الستة من اثنين وأربعين أكثر من واحد من اثني عشر؛ لأن واحداً من اثني عشر كأربعة⁵ من ثمانية وأربعين، والأربعة من الثمانية والأربعين أقل من الستة من اثنين وأربعين.

1 ح: يوجد.

2 د: كحكم.

3 د: مرضه.

4 ح: القيمة.

5 د: كالأربعة.

وأما تفصيلاً؛ فالأُتَمَّها يعطيان لصاحب السدس أحدًا وأربعين، ولصاحب السيف ستَّة وثلاثين، فيكون حُفَّهُ أَكثَرُ بالنسبة إلى صاحب السيف، وهو يعطي لكلِّ واحدٍ منهما أحدَ عشر.

(وإن أوصى لخالِدٍ معهما) أي: مع زيد وبكر (بثلث ماله، ولا إجازة؛ فالسيفُ مقسومٌ بثلاثةٍ وستين بينهما) عند أبي حنيفة: (لزيدٍ تسعةٌ وعشرون، ولبكرٍ¹ سهمان، وخالِدٍ خمسة، وللورثة سبعة وعشرون) فنقول: اجتمع في السيف ثلاث وصايا: وصيةٌ بالكلِّ، ووصيةٌ بالثلث، ووصيةٌ بالسدس، فالقسمةُ عنده بطريق المنازعة، ولا منازعةً لصاحب السدس والثلث فيما زاد على الثلث، وهو أربعة ثلثا السيف، فسلم لزيدٍ، بقي من السيف سهمان، ولا منازعةً لبكرٍ فيما زاد على السدس، وهو السدسُ أيضًا، وخالِدٍ فيه منازعةٌ، فيقسمُ ذلك السدسُ بين صاحب السيف وصاحب الثلث نصفين، فانكسر بالنصف، وضرينا مخرجُ النصف في ستَّةٍ، فصار اثني عشر، سلِّمَ لصاحب السيف ثمانية، واستوتَ منازعةُ صاحب السيف وصاحب الثلث في سهمين، فكان بينهما نصفين، بقي السدسُ، وهو سهمان، واستوتَ منازعةُ الكلِّ فيهما، فيقسم بينهما أثلاثًا، وليس للسَّهمين ثلثٌ صحيحٌ، فضرِبَ أصلُ المسألة — وهو اثنا عشر — في ثلاثيَّةٍ، فصار السيفُ ستَّةً وثلاثين: ثلثاه — وهو أربعة وعشرون — لصاحب السيف، وسدسه ستَّةٌ بين صاحب الثلث وصاحب السيف نصفان، لكلِّ واحدٍ منهما ثلاثة، ويقسمُ السدسُ للباقي — وذلك ستَّةُ أسهم — بينهم أثلاثًا لكلِّ واحدٍ سهمان، فحصل لصاحب السيف تسعةٌ وعشرون: مرَّةً أربعة وعشرون، ومرَّةً ثلاثة، ومرَّةً سهمان، ولصاحب الثلث خمسة: مرَّةً ثلاثة، ومرَّةً سهمان، ولصاحب السدس سهمان، وإذا صار السيفُ على ستَّةٍ وثلاثين، وقيمته مائة؛ صار كلُّ مائةٍ من الخمسمائة على ستَّةٍ وثلاثين، فيصير الخمسمائة مائةً وثمانين، لصاحب الثلث ثلثه، وذلك ستون، ولصاحب السدس سدسه، وذلك ثلاثون، فحصلت سهامُ الوصايا مائةً وستَّةً وعشرين، وجميعُ المال مائتان وستة عشر، فكانت سهامُ الوصايا أكثرَ من الثلث. فإن أجازت² الورثة؛ يقسمُ كذلك، وإن لم يجيزوا؛ جعلَ الثلثُ على قدر سهام الوصايا، وذلك مائةً وستة وعشرون، فجميعُ المال ثلاثمائةً وثمانيةً وسبعون، وثلثا المال مائتان واثنان وخمسون، والسيفُ سدسه، فيكون ثلاثة وستين، فيدفعُ إليهم جميعًا من الثلث ما كُنَّا ندفعُ عند الإجازة من جميع المال، وقد دفعنا إلى صاحب السيف تسعةً وعشرين كلَّه من السيف، فندفعُ الآن كذلك، وقد دفعنا إلى صاحب الثلث من السيف خمسةً، وإلى صاحب السدس من السيف سهمين، فندفعُ الآن كذلك، ويكون المبلغُ ستَّةً وثلاثين، وحظُّ الورثة من السيف سبعةً وعشرون.

(والنقدُ بثلاثمائةٍ) أي: النقدُ مقسومٌ بثلاثمائةٍ (وخمسة عشر) لأن السيفَ إذا صار ثلاثة وستين — وهو السدسُ —؛ صار كلُّ سدسٍ كذلك، فصار النقدُ . وهو خمسة أسداس المال . ثلاثمائة وخمسة عشر. (لبكرٍ ثلاثون، وخالِدٍ ستون) والمجموعُ تسعون، فبلغ سهامُ الوصايا مائةً وستةً وعشرين؛ لأنَّهم أخذوا ستَّةً وثلاثين من السيف، وهما أخذتا تسعين من النقد. (وللورثة مائتان وخمسة وعشرون) لأن الحاصلَ لهم من السيف سبعةً وعشرون، فصار المجموعُ مائتين وخمسين وسهمين، وسهامُ الوصايا كانت مائةً وستة وعشرين، فما حصل للورثة ضعفُ ما حصل لأصحاب الوصايا، فاستقام الثلثُ والثلثان.

(وقالا: يقسمُ السيفُ باثني عشر: لزيدٍ ستَّةً، ولبكرٍ سهمٌ، وخالِدٍ سهمان، وللورثة ثلاثة) يعني: عندهما القسمةُ بطريق العول، فيضربُ صاحبُ السيف بالسيف كلَّه، وصاحبُ الثلث بثلث السيف، وصاحبُ السدس بسدس السيف، والسيفُ ستَّةُ أسهم، فتصيرُ³ القسمةُ على تسعة أسهمٍ، فصار كلُّ مائةٍ من الخمسمائة على تسعةٍ، فتصيرُ⁴ خمسةً وأربعين: لصاحب الثلث ثلثه، وهو خمسة عشر، ولصاحب السدس سدسه سبعةً ونصف، فانكسر بالنصف، فيضعفُ، فصار تسعين، فيصيرُ حقُّ كلِّ منهما ضعفُ ما كان، فيصيرُ لصاحب السيف اثنا عشر، ولصاحب الثلث أربعةً من السيف، ولصاحب السدس سهمان من السيف، ولصاحب الثلث من باقي المال ثلاثون، ولصاحب السدس خمسة عشر، فبلغت سهامُ الوصايا ثلاثة وستين، وجميعُ المال مائةً وثمانية، فزادت سهامُ الوصايا على الثلث. فإذا أجازت الورثة؛ فلهم ذلك، وإن لم يجيزوا؛ جعلَ ثلثُ المال على قدر الوصايا لا على سهام الوصايا، هكذا روي عنهما، والوصايا⁵ ثلثٌ وسدسٌ وأيضًا؛ لأن السيفَ سدسُ المال، فيجعلُ كلُّ سدسٍ سهمًا؛ لأن السدسَ أقلُّ، فيصيرُ ثلثُ المال أربعةً أسهمٍ، وجميعُ المال اثني⁶ عشر: سهمٌ من الثلث لصاحب السيف، وذلك كله من السيف، وسهمٌ منه لصاحب السدس:

1 ح: لبكر.

2 د: أجازة.

3 ح: فيصير.

4 ح: فصار.

5 ح: الوصايا.

6 د: اثنا.

سدس ذلك في السيف، وخمسة أسداسه في باقي المال، وسهمان لصاحب الثلث: سدسهما في السيف، والباقي — وهو خمسة أسداسهما — في باقي المال، فانكسرت السهام بالأسداس، فاضرب أصل المسألة — وذلك اثني عشر¹ — في ستة، فصار اثنين وسبعين، الثلث منه أربعة وعشرون كان لصاحب السيف سهمٌ ضربناه في ستة كله في السيف، فكان لصاحب الثلث سهمان، ضربناهما في ستة، فصار اثني عشر: سدسه في السيف، وذلك سهمان، والباقي — وذلك عشرة² — في باقي المال، فكان² لصاحب السدس سهمٌ، ضربناه في ستة، فصار ستة: سدسه في السيف، والباقي — وذلك خمسة³ — في باقي المال، فبلغت سهام الوصايا أربعة وعشرين، وثلث المال أربعة وعشرون، وإذا صار الثلث أربعة وعشرين؛ صار السيف الذي هو نصف الثلث لكونه سدس المال اثني عشر، وإذا صار السيف — وهو السدس — اثني عشر؛ صار كلُّ سدسٍ اثني عشر، فصار النقد — وهو خمسة أسداس المال — ستين سهمًا: لزيد من السيف ستة، ولبكر من السيف سهمٌ، ومن النقد خمسة أسهم، ولخالد من السيف سهمان، ومن النقد عشرة، وكلُّ ذلك أربعة وعشرون، وللورثة من السيف ثلاثة أسهم، ومن النقد خمسة وأربعون، ومجموعها ثمانية وأربعون ضعف ما صرف للموصى لهم، فاستقام الثلث والثلثان، وعن هذا يعلم³ معنى قوله: **(والنقدُ) أي: يقسمُ النقد (بستين: لبكر خمسة، ولخالد عشرة، وللورثة خمسة وأربعون).**

(أو لزيد) أي: إن أوصى لزيد (بكلِّ ماله، وأن يباع عبده) أي: عبد الموصي (من بكرٍ بألفٍ، وقيمتُه ألفٌ، ولا مالَ غيره) أي: غير العبد، ولم تجز الورثة؛ **(فهو مقسومٌ) عند أبي حنيفة (بائني عشر: لزيد سهمٌ) من عين العبد، (والباقي يباع من بكرٍ بأحد عشر سهمًا من ألفٍ، ثلاثة أسهم منها) أي: من أحد عشر (لزيد) عند أبي حنيفة الموصى له بجميع المال لا يضرب في أكثر من الثلث، وصاحبُ البيع يضربُ بجميع العبد في الثلث، فيقسم الثلث بينهما على أربعة، فإذا صار الثلث أربعة؛ صار جميعُ المال اثني عشر، فيدفعُ إلى الموصى له بالمال سهمٌ، وبقي أحد عشر سهمًا يباعُ من صاحب وصية البيع بأحد عشر سهمًا من اثني عشر من الألف؛ لأنه أوصى ببيع العبد بألفٍ، وكان موصيًا بكلِّ جزءٍ منه بقسطٍ من الثمن، ويدفع ثلاثة أسهم من الثمن إلى الموصى له بجميع المال؛ لأنه من المال، فتصير⁴ هذه الثلاثة مع السهم الواحد أربعة، وهو ثلثُ المال، ويكون للورثة ثمانية أسهم، فاستقام الثلث والثلثان. **(ويأمرُ ببيع كلِّه من بكرٍ، ويدفع ثلث الثمن إلى زيد) يعني: عند أبي يوسف: يباع جميعُ العبد من الموصى له بألفٍ درهمٍ، ويدفع ثلث الثمن إلى الموصى له بالمال، والثلثان إلى الورثة.****

(وأمر) محمدٌ (لزيد بسدسه، وبيع خمسة أسداس من بكرٍ بخمسة أسداس الألف، لزيد منها سهمٌ، ويأخذ⁵ الورثة الباقي على الأقوال) يعني: عند محمد: الموصى له بالمال يضربُ بجميع الرقبة في الثلث، والموصى له بالبيع يضربُ بجميع الرقبة في الثلث أيضًا؛ لأن الوصية فيما وراء الثلث وإن بطلت في حق الاستحقاق؛ فقد بقيت في حق الضرب، فإذا استويا في الضرب في الثلث؛ يصير الثلث بينهما نصفين، ولمَّا صار الثلث على سهمين؛ صار الكلُّ ستة أسهم، فللموصى له بالمال سدسُ العبد، ويباع خمسة أسداسه بخمسة أسداس الألف، ويدفع سهمٌ واحدٌ من الثمن إلى الموصى له بالمال ليتم له الثلث، وبقي للورثة أربعة أسهم، فاتَّفَق أبو حنيفة ومحمدٌ على أنه لا يباع جميعُ العبد، وقال أبو يوسف: يباع جميعه؛ لأن الموصى له شريكُ الورثة، وحقُّ الورثة لا يمنع البيع، ويتحوَّل حقُّهم إلى الثمن، وكذلك حقُّ الموصى له بالمال، وقالوا: إن الميت أوصى بجميع المال، والعبد والثمن كلاهما من المال، فينفذ وصيته فيهما.

وهذه المسألة في «الزيادات» تسمى⁶: باب العروس؛ لأن محمدًا حلَّها بحسن التَّخريج كما تحلَّى العروسُ بألوان الثياب.

(أو بثلثٍ وثلثٍ، فلا⁷ إجازة) يعني: لو أوصى بثلثٍ ماله لرجلٍ، ولآخر بثلثٍ ماله أيضًا، ولم تجز الورثة (اقتسامه) أي: الثلث (نصفين) لأنَّهما يساويانه في سبب الاستحقاق.

(أو بثلثٍ وسدسٍ) يعني: إن أوصى بثلثٍ ماله لرجلٍ وسدسه لآخر، ولا إجازة؛ (فأثلاثًا) يعني: يقسمانه أثلاثًا على قدر حقِّهما، فيأخذ صاحب الأقل سهمًا، وصاحب الأكثر سهمين.

¹ د: اثنا.

² د: وكان.

³ د: تعلم.

⁴ ح: فيصير.

⁵ د: وتأخذ.

⁶ ح: يسمى.

⁷ د: ولا.

(أو بكلٍ وثلثٍ؛ فالكلُّ مقسومٌ) عند أبي حنيفة (أسداسًا مع الإجازة) فيفرضُ المالَ ستَّةَ دراهم، ولا نزاعَ لصاحبِ الثلثِ في أربعةٍ، فاستوتُ منازعتُهُما في سهمين، فينصفُ، فصار لصاحبِ الكلِّ خمسةٌ، ولصاحبِ الثلثِ سهمٌ. (والثلثُ مع عدمها) يعني: الثلثُ عنده مقسومٌ مع عدم الإجازة (نصفين. وقالوا: أرباعًا فيهما) أي: في الإجازة وعدمها؛ لأنه اجتمعَ ههنا وصيتان: وصيةٌ بالكلِّ، ووصيةٌ بالثلثِ، فجعلنا أصلَ المسألة من ثلاثٍ؛ لحاجتنا إلى الثلثِ، فالموصى له بالجميعِ يدعى كلُّه، وهو ثلاثةٌ، والموصى له بالثلثِ يدعى ثلثه، وهو سهمٌ، فتعول إلى أربعةٍ: ربعه سهمٌ لصاحبِ الثلثِ، وثلاثةٌ أرباعه ثلاثةٌ أسهمٍ لصاحبِ الجميعِ، فنقول¹: الإجازة في قدر الثلثِ ساقطةُ العبرة، فيقسمُ الثلثُ أوَّلًا بينهما، ثمَّ الثلثانِ، فإذا قسمَ الثلثُ بينهما، وهو واحدٌ من الثلاثة، فلم يستقم التنصيفُ، فضررنا مخرجَ النصفِ في أصلِ المسألة، وهو ثلاثةٌ، فصار ستَّةٌ، فثلثه اثنانِ يكون بينهما نصفين، وبقي أربعةٌ أسهمٍ، فصاحبُ الجميعِ يدعى كلُّه، وصاحبُ الثلثِ يدعى سهمًا واحدًا ليطمَّ له الثلثُ، فسلم للموصى له بالكلِّ ثلاثةٌ أسهمٍ، وقد استوتُ منازعتُهُما في السهمِ الآخرِ، فينصفُ، فجاء الكسرُ في مخرجِ النصفِ، فضررناه في ستَّةٍ، فصار اثني عشر، وكان² للموصى له بالكلِّ أربعةٌ ونصفٌ، فضعفناه، فصار تسعةً، وهي ثلاثةٌ أربع المالِ، فكان للموصى له بالثلثِ سهمٌ ونصفٌ، فضعفناه، فصار ثلاثةٌ، وهي ربعُ جميعِ المالِ.

(أو بنصفٍ وثلثٍ، ولا إجازة) يعني: إن أوصى لرجلٍ بنصفِ ماله ولآخرٍ بثلثه، ولم يجزِ الورثةُ؛ (فالثلثُ نصفان) بينهما عند أبي حنيفة. (وقالوا: أخماسٌ) يعني: يقسمُ الثلثُ بينهما على خمسةٍ أسهمٍ: سهمانِ لصاحبِ الثلثِ، وثلاثةٌ أسهمٍ لصاحبِ النصفِ، وأصلُ المسألة من ستَّةٍ؛ لأنَّها أقلُّ مخرجٍ له ثلثٌ ونصفٌ؛ لأنَّ البطلانَ من حيثُ الاستحقاق لا من حيثُ الضربِ، وحالُهُما عند عدم الإجازة كحالهما عند الإجازة، وعند الإجازة يكون لصاحبِ النصفِ نصفُ الستة، ولصاحبِ الثلثِ ثلثها، والباقي للورثة، فعند عدم الإجازة يجعلُ ثلثُ المالِ على قدرِ سهامِ الوصيةِ؛ ليكون مجموعُ المالِ خمسةً عشر: ثلثه - وهو خمسةٌ - للموصى لهما، وثلثاه - وهو عشرةٌ - للورثة.

وأشار المصنِّفُ إلى أصلِ هذا الخلافِ بقوله: (والإمامُ لا يضربُ للموصى له بما زاد على الثلثِ) قالوا: ضرب في ماله إذا جعل، يعني: لا يجعلُ الإمامُ للموصى له بما زاد على الثلثِ شيئًا على حذفِ المفعول، ولا يعطيه إلا في المحاباة وأختيها، وعندهما: يضربُ بجمعٍ ما أوصى. (إلا في المحاباة والسعاية والدراهم المرسله) يعني: الإمامُ يوافقهما في هذه الفصولِ. صورةُ المحاباة: أن يكون لرجلٍ عبدانِ قيمةً أحدهما ألفٌ ومائةٌ وقيمةُ الآخرِ ستمائةٌ، وأوصى بأن يباعَ واحدٌ منهما بمائةٍ درهمٍ لفلانٍ، والآخرُ بمائةٍ لفلانٍ آخرٍ، فقد حصلتِ المحاباةُ لفلانٍ لأحدهما بألفٍ درهمٍ، وللآخرِ بخمسمائةٍ، وإن خرجَ ذلك من ثلثِ ماله أو أجازت³ الورثةُ؛ جاز ذلك، وإن لم يكن له مالٌ غيرهما، ولم يجزِ الورثةُ؛ جازت محاباتُهُما بقدرِ الثلثِ، فيكون الثلثُ بينهما أثلاثًا: يضربُ الموصى له بالألفِ بحسبِ وصيته، وهي ألفٌ⁴، والموصى له الآخرُ بحسبِ وصيته، وهي خمسمائةٌ، فلو كان هذا كسائرِ الوصايا؛ وجب أن لا يضربَ الموصى له بالألفِ على قياسِ قوله بأكثر من خمسمائةٍ وستةٍ وستين وثلثي درهمٍ؛ لأنَّ عنده الموصى له بأكثر من الثلثِ لا يضربُ إلا بالثلثِ، وهذا ثلثُ ماله.

صورةُ السعاية: هي أن يوصي بعنقِ هذين العبدين: قيمةً أحدهما ألفٌ، وقيمةُ الآخرِ ألفانِ، ولا مالٌ له غيرهما، فإن أجازت⁶ الورثةُ؛ يعتقان معًا، وإن لم تجزِ الورثةُ؛ يعتقان من الثلثِ، وثلثُ ماله ألفٌ: الثلثُ للذي قيمته ألفٌ، فيعتق منه هذا القدرُ مجانًا، وهو ثلاثمائةٌ وثلاثةٌ وثلاثون وثلث درهمٍ، ويسعى في الباقي، وهو الثلثانِ ستمائةٌ وستة وستون وثلثا درهمٍ، والثلثانِ للذي قيمته ألفانِ، فيعتق منه هذا القدرُ بلا سعايةٍ، وهو ستمائةٌ وستة وستون وثلثا درهمٍ، ويسعى في الباقي، وهو ألفٌ وثلاثمائةٌ وثلاثةٌ وثلاثون وثلث درهمٍ. فلو كان كسائرِ الوصايا؛ وجب أن يسعى الذي قيمته ألفٌ في خمسمائةٍ نصف قيمته، والذي قيمته ألفانِ في ألفٍ وخمسمائةٍ ثلاثة أرباع قيمته؛ لأنه حينئذٍ لا يضربُ الذي قيمته ألفانِ إلا بالألفِ، فوجب أن يكون بينهما نصفان.

1 ح: فيقول.

2 د: فكان.

3 د: أجازه.

4 د: الألف.

5 د: فقيمة.

6 د: أجازه.

وصورة الدراهم المرسله أي: المطلقة: أوصى لأحدهما بألفٍ والآخر بألفين، وثلث ماله ألف، ولم يجز الورثة؛ يكون الثلث بينهما أثلاثاً: يضرب كل واحد منهما بقدر حقه، فللموصى له بالألف ثلثه ثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث درهم، وللموصى له بالألفين ضعفه ستمائة وستة وستون وثلثا درهم.

لهما: إن رعاية غرض الموصي¹ واجبة ما أمكن، وغرضه شيان: استحقاق النصف أو الكل، وتفضيله على صاحب القليل، وامتنع الاستحقاق لمانع، ولا مانع من التفضيل، ولا ضرر على الورثة في ذلك، فيصار إليه كما في مواضع الإجماع.

وله: إن الوصية بما زاد على الثلث باطلة في حق الاستحقاق؛ لعدم الإجازة، فبطل في حق التفضيل، كالمحاباة الثابتة في ضمن البيع إذا بطل البيع بطل المحاباة؛ لأن بطلان المتضمن يستلزم بطلان ما في ضمنه. وأمّا في الأشياء الثلاثة المستنائة؛ فالمحاباة لم يقع على حق الورثة قطعاً؛ لإمكان تنفيذها بأن يظهر له مال، فيخرج ما أوصى به من ثلثه بدون الإجازة، بخلاف ما زاد على الثلث؛ لأن الزائد عليه حق الورثة، وإن كثرت التركة.

(أو بسهم) أي: إن أوصى بسهم (من ماله؛ فله أخس السهام) عند أبي حنيفة، (ولا يزداد على السدس).

اعلم أن أبا حنيفة قال في كتاب الوصايا في هذه المسألة: ينظر إلى أخس سهام ورثة الموصي وإلى سدس ماله، أيهما كان أقل يعطى للموصى له ذلك، فعلى هذه الرواية جواز أبو حنيفة التقصان عن السدس، ولم يجوز الزيادة عليه، وفي رواية «الجامع الصغير» قال: ينظر إلى أخس سهام الورثة وإلى سدس ماله، أيهما كان أكثر يعطى له ذلك، فعلى هذه الرواية جواز الزيادة على السدس، ولم يجوز التقصان عنه.

(وقالا: مثل أقل أحد سهامهم، ولا يزداد على الثلث) يعني: يعطى للموصى له أخس سهام الورثة، سواء كان مثل السدس أو أقل أو أكثر، إلا أن يزيد على الثلث، فيعطى له الثلث، إلا أن يجيز الورثة الزيادة على الثلث.

صورة المسألة: رجل مات، وترك ابناً وامراً، وقد أوصى لرجلٍ بسهم، فعنده على رواية الوصايا: يعطى له أخس سهام الورثة، وهو ثمن المرأة، فيزداد أخس السهام على الفريضة، وهي ثمن ثمانية، فيصير تسعة: يعطى للموصى له سهم، وللمرأة الثمن سهم، وللأب ما بقي. وعلى رواية «الجامع الصغير»: يعطى له السدس من ماله؛ لأنه أكثر من أخس السهام، فيجعل المال على ستة؛ لحاجتنا إلى السدس، فيعطى له سهم، وبقيت خمسة، وللمرأة من ذلك الثمن، فلا يستقيم، فضررنا ستة في مخرج الكسر، وذلك ثمانية، فيصير ثمانية وأربعين: للموصى له سهم مضروب في ثمانية، وهو سدس ماله، بقي أربعون، فثمنه خمسة للمرأة، والباقي للابن.

وإن مات وترك امرأة وأخاً لأب؛ فأخس سهام الورثة الربيع، فعلى رواية «كتاب الوصايا»: يعطى له السدس؛ لأنه لا يجوز الزيادة على السدس على تلك الرواية، ويجوز التقصان عنه، وأخس سهام الورثة أكثر من السدس، فيعطى له السدس سهم من ستة أسهم. وعلى قولهما: يعطى له الربيع؛ لأنه أخس سهام الورثة، وإنه أقل من الثلث. وعلى رواية «الجامع الصغير» على قول أبي حنيفة: يعطى له الربيع؛ لأنه يعطيه الأكثر من السدس ومن أخس سهام الورثة على تلك الرواية، والربيع أكثر من السدس، فيعطى له ذلك. كذا في «الحقائق».

له: ما روى ابن مسعود: أن رجلاً أوصى بسهم من ماله، فقبض النبي صلى الله عليه وسلم في ذلك بالسدس².

ولهما: إن السهم اسم لما استحقه³ الورثة عرفاً وشرعاً، وأقل السهام متيقن به⁴، والزائد عليه مشكوك، ولا يزداد على الثلث؛ لأن الثلث موضع الوصية عند عدم الإجازة.

(أو بجزء) أي: إن أوصى بجزء من ماله؛ (أعطاه الورثة ما شأوا) لأن الجزء مجهول يتناول القليل والكثير، والوارث قائم مقام الموصي، فيكون البيان إليه.

¹ ح + له.

² مسند الزبار، 415/5؛ المعجم الأوسط للطبراني، 182/8.

³ د: يستحقه.

⁴ د - به.

(أو ثلث دراهمه أو غنمه، فهلك ثلثها، والثلث) أي: والحال أن الثلث (يخرج من ثلث ماله؛ أعطينا) أي: الموصى له (كل الباقي، لا ثلثه¹) أي: قال زفر: له ثلث ما بقي؛ لأن التركة مشتركة بين الموصى له والورثة أثلاثاً، فما هلك هلك على الشركة، وما بقي بقي عليها، كما إذا كان الموصى به أجناساً مختلفةً.

ولنا: إن الوصية تعلقت بالباقي، ولم يلتفت إلى الهالك في الجنس الواحد، ألا يرى أن الورثة لو قاسموا قبل الهلاك؛ يجوز أن يستحقه الموصى له بالقسمة جبراً؛ إذ القسمة إراز؟ ولو أوصى بثلث شيء معين كدارٍ مثلاً، فاستحق ثلثاه؛ كان له الثلث الباقي، فكذا هذا.

(أو بثلث ثيابه المختلفة الجنس) كالهروي والمروي²، (فهلك ثلثاه، والباقي يخرج من الثلث؛ أخذ ثلثه) أي: ثلث الباقي أتفاً؛ لعدم استحقاق الموصى له الباقي بالقسمة، فلم يكن الوصية متعلقةً به؛ لعدم جريان القسمة فيها جبراً.

قيّد بقوله: «مختلفة الجنس»؛ لأنها لو كانت من جنس واحد؛ فهو بمنزلة الدراهم، فيكون له جميع الباقي؛ لأنه يجري فيه القسمة جبراً. والفرق: أن حق الموصى له كالأصل، وحق الوارث كالتابع من حيث إن ذلك مقدّم على حق الوارث، والهالك يصرف إلى التابع كما في المضاربة، وهذا نوع قسمة، فيحتمل فيما يحتملها³، ويقسم قسمةً واحدةً. أما فيما لا يقسم قسمةً واحدةً على وجه الجبر؛ لا يحتمل هذا النوع، فيبقى على الشركة، فيشاع الهالك في الحقيين. من «جامع المحبوبي».

(أو بثلث) يعني: إن أوصى بثلث (ثلاثة أعبد، فمات اثنان؛ فله ثلث الثالث) أي: ثلث العبد الباقي عند أبي حنيفة. (وقالا: كله) أي: كل العبد الباقي.

وهذا الخلاف بناءً على مسألة قسمة الرقيق، فعنده: يُقسم كل عبد على حدة، وكان مشتركاً، فما هلك يهلك على الشركة، وعندهما: يقسم الكل قسمةً واحدةً.

(أو بأمة) يعني: من أوصى بأمة لرجل قيمتها ثلاثمائة درهم مثلاً، (فولدت بعد موته) أي: موت الموصى ولداً قيمته ثلاثمائة قبل القسمة، (ثم قبل الوصية، فإن خرجا من الثلث) بأن يكون المال ألفاً وثمانمائة؛ يأخذهما، (وإلا) أي: إن لم يخرجها، بأن كان المال ألفاً ومائتين، فنلته أربعمائة؛ (فهو مأخوذ من الأم، والتمام من الولد) يعني: عند أبي حنيفة: يعتبر الأم من ذلك أولاً، فتدفع⁴ إليه، فيبقى مائة، فيكون ذلك من الولد؛ لأن الأم أصل في الوصية؛ لأن الإيصاء وقع بها، وسرى إلى الولد بسبب اتصاله بالأم، فالولد تابع لها فيه، فلا يزاحم الأصل. (وقالا: منهما جميعاً) يعني: الثلث شائع في الولد والأم نصفين: مائتان في الأمة، ومائتان في الولد، فيكون للموصى له ثلثا كل واحد منهما، وباقي المال للورثة؛ لأن الولد متصل بالأم حين الوصية، فيكون الولد موصى به أيضاً، فيستويان كما إذا اعتقهما.

قيّد بقوله: «بعد موته»؛ لأن ولد الموصى به أو كسبه إن حدثا قبل الموت؛ لا يدخلان تحت الوصية، حتى لا يعتبر فيهما الثلث أتفاً؛ لأنهما حدثا قبل ملك الموصى له.

(أو بألف) أي: إن أوصى لرجل بألف درهم، (وله عين ودين، فإن خرجت) أي: الألف الموصى به (من ثلث العين؛ دُفعت إليه، وإلا) أي: إن لم تخرج (أخذ ثلث العين وثلث ما يخرج من دين حتى يستوفي) الموصى به، ولو أخذت الألف كلها من العين؛ لتضرر الورثة؛ لأن للعين مرتبة على الدين.

(أو بالثلث) أي: إن أوصى بثلث ماله (لزبي وبكر، فإذا بكر ميت، أخذ زيّد كله) أي: كل الثلث؛ لأن الميت ليس بأهل للوصية، فلا يزاحم الحي الذي هو أهل لها.

(أو قال: هو بينهما) أي: إن قال الموصى: ثلث مالي بين زيّد وبكر، (فنصفه) يعني: يكون لزيّد نصف الثلث؛ لأن قوله: بينهما يقتضي قسمة الثلث عليهما نصفين.

(أو بالثلث) أي: إن أوصى بالثلث، (ولا مال له) وقت الوصية، (فاكتسب؛ استحق ثلث ما يملكه عند موته) لأن الوصية استخلاف مضاف إلى ما بعد الموت، ويثبت حكمه بعده، فيشترط وجود المال عند الموت، سواءً اكتسبه بعد الوصية أو قبله.

1 ح: بثلثه.

2 د— كالهروي والمروي.

3 د: يتحملها.

4 ح: فيدفع.

(أو به) أي: إن أوصى بالثلث (لزيد أو بكر؛ فهي) أي: الوصية (باطلة) عند أبي حنيفة؛ لجهالة الموصى له، والقضاء بالمجهول باطل. (ويأمرهما) أبو يوسف (باقتسامه صلحاً) لأن المستحق لا يعدوهما. (وخير) محمد (الورثة في التعيين) أي: تعيين أحدهما؛ لأنهم قائمون مقام مورثهم.

(أو به) أي: إن أوصى بالثلث (لزيد وللمساكين؛ قسمه) محمد (بينه وبين اثنين) من المساكين (أثلاثاً) الثلث لفلان، وثلاثه لهما؛ لأن الاثنين في الوصية جمع كالمراث. (وقالا: بينه وبين مسكين نصفين) لأن الجمع المحلى بلام التعريف مفيد للاستغراق، فإذا تعدد صرفه إلى جميع أفراده؛ يُصرف إلى الواحد.

موضع الخلاف: ذكر المساكين مطلقاً؛ إذ لو أشار إلى جماعة، وقال: ثلث مالي لهذه المساكين؛ لا يجوز صرفه إلى واحد إتفاقاً. من «الحقائق».

(أو بنصيب ابنه؛ لم يصح) لأن ذلك إيذاءً بمال الغير، (أو بمثله صحح) لأن مثل الشيء غيره. (فإن كان له ابنان؛ أخذ الثلث) لأن نصيبه مثل نصيب أحدهما، فيكون له الثلث، (أو يأخذ نصيب بنيه) يعني: بمثل أحد نصيبهم، قدر المضاف هنا؛ لأن الإيذاء بنصيب ابنه غير جائز، تقدم قريباً. (وهم) أي: والحال أن بنيه (ثلاثة، ولاخر بالثلث، ولا إجازة؛ يأمر لهذا) أي: أبو يوسف لآخر (بنائي الثلث، وللأول بثلاثة) فيكون الثلث بينهما أثلاثاً. (وأمر له) أي: محمد لآخر (بثلاثة أخماسه، وللأول بخمسيه). قيد بعدم الإجازة؛ لأنهم إن أجازوا؛ فالمسألة من ستة؛ لصاحب الثلث اثنان، وللموصى له بمثل نصيب أحدهم واحد، ولكل واحد من البنين واحد.

لأبي يوسف: إن عند الإجازة كان لصاحب الثلث في كل المال سهمان، ولصاحب النصيب سهم، فصار في الثلث كذلك اعتباراً للبعض بالكل.

ولمحمد: إن الثلث لهما كان متعيناً لتنفيذ الوصيتين؛ بقي للورثة الثلثان، وهما سهمان من ثلاثة، وذلك لا يستقيم على ثلاثة، فضررنا ثلاثة في ثلاثة، فحصل لها تسعة؛ ثلثها للوصيتين، وثلثاها – وهما ستة – للبنين، لكل ابن سهمان، فإذا ظهر أن نصيب أحدهم سهمان؛ ضرب الموصى له بالثلث في الثلث بثلاثة أسهم، وضرب الموصى له بمثل نصيب ابنه في الثلث بسهمين، فصار الثلث بينهما على خمسة، فضررنا مخرج الخمس في تسعة، فبلغ خمسة وأربعين، فتصح¹ منها.

(ولو خلف ثلاثة) بنين (وثلاثة آلاف) فأخذ كل ابن ألفاً، (فادعى زيد أن أباهم أوصى له بألف، فصدقه أحدهم) أي: أخذ البنين وكذبه الآخرون؛ (أمرناه بدفع ثلث نصيبه) أي: ثلث الألف، (لا بثلاثة أخماسه) يعني: قال زفر: يعطيه المقر ثلاثة أخماس ما في يده؛ لأن من زعمه أن ثلث كل التركة له، والثلثان بين البنين أثلاثاً، فاحتجنا إلى حساب له ثلث وثلثه ثلث، وأقل ذلك تسعة؛ ثلاثة للموصى له، ولكل ابن سهمان، فيقسم ما في يده بينهما أخماساً: ثلاثة أخماسه للموصى له، وخمساه للمقر.

ولنا: إنه أقر له بالثلث في كل التركة، وفي يده من التركة الثلث، فيأخذ ثلث ما في يده.

(أو ابنتين) يعني: لو كان للميت ابنان، (فصدقه أحدهما؛ أمرنا له بثلث قسمه) يعني: يأخذ ثلث ما في يده، (لا بنصفه) يعني: قال زفر: يأخذ نصف ما في يده؛ لأن في زعمه أن حقه وحق الموصى له سواء، فيؤخذ² بزعمه. ولنا: ما مر في المسألة³ الأولى.

(ولو أعتق) المريض في مرض موته (أو حابي) أي: باع شيئاً بأقل من قيمته أو اشتراه بأكثر منها، (أو وهب؛ اعتبر) كله (من الثلث) لأنها تبرعات.

(فإن حابي، ثم أعتق، وضاق⁴ من الثلث؛ فالمحابة أولى) عند أبي حنيفة، يعني: تنفذ⁵ المحابة، فإن فضل شيء؛ يصرف إلى العتق. وقالوا: العتق أولى، فإن فضل شيء؛ فالمحابة. (أو عكس) يعني: إن أعتق عبداً قيمته ألف، ثم اشترى عبداً قيمته ألف

¹ د: وتصح.

² د: فنأخذ.

³ ح: مسألة.

⁴ د: فضا.ق.

⁵ ح: ينفذ.

بألفين، فحصل المحاباة بالألف، وجميع ماله ثلاثة آلاف، ولم يسع الثلث للعتق والمحاباة؛ (فهما سواء) عند أبي حنيفة، يعني: يكون للبائع محاباة بقدر خمسمائة، ويسعى العبد في نصف قيمته خمسمائة. وقالوا: العتق أولى.

(أو حابي بين عتقين) كما إذا أعتق عبداً قيمته ألف، وباع عبداً قيمته ألفان بألف، وهلك ذلك الألف، ثم أعتق عبداً قيمته ألف، فمات ولا مال له سوى هؤلاء العبيد، فحصل هنا ثلاث وصايا: كل واحد بألف، وثلث المال ألف، (فنصف الثلث للمحاباة) يعني: ينصف الألف بين العتق والمحاباة؛ لأن العتق إذا سبق المحاباة تخاصماً، ثم ما أصاب المحاباة سلم لها؛ لأنها سبقت على العتق، (ونصفه للعتقين) يعني: ما أصاب العتق الأول؛ كان بين العتق الأول والثاني نصفان عند أبي حنيفة؛ لأنهما من جنس واحد، فيسقط من كل واحد من العتقين مائتان وخمسون، ويسعى كل واحد منهما في سبعمائة وخمسين، وتنفذ المحاباة بقدر خمسمائة، ويؤدى إلى الورثة خمسمائة، فجميع ما حصل للورثة ألفان، ونفذت الوصايا في قدر الألف، فاستقام الثلث والثلثان.

(أو أعتق بين محابتين، فنصفه للأولى) أي: نصف الثلث للمحاباة الأولى، (ونصفه بين الثانية والعتق) أي: النصف² الآخر بين المحاباة الثانية والعتق عند أبي حنيفة؛ لأن المحاباة الثانية تساوي³ المحاباة الأولى، فصار الثلث بين المحابتين، ثم العتق شارك⁴ المحاباة الثانية؛ لأنه يساوي المحاباة إذا تقدم. (وقالوا: العتق أولى مطلقاً) أي: في الصور كلها؛ لما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه قال: إذا كان في الوصايا عتق بُدئ به، ولأن العتق أقوى من المحاباة؛ لأنه لا يحتل الفسخ، والمحاباة في ضمن البيع، وهو قابل للفسخ، والتقديم في الذكر غير موجب للتقديم في الثبوت، فلا يُعتبر تقديم الموصي وتأخير.

وله: إن المحاباة أقوى؛ لأنها ثابتة في ضمن البيع الذي هو عقد معاوضة، فكانت تبرعاً بمعناها معاوضة بصيغتها⁵، والإعتاق تبرع بصيغته ومعناه، فإذا وجدت المحاباة أولاً؛ دفعت العتق.

(وما قدمناه ما قدم) الموصي (مطلقاً) «ما» للنفي، يعني: قال زفر: إذا حابي المريض، وعتق، والثلث لا يكفيهما، ولا يجيزه الورثة؛ فما ذكره أولاً فهو أولى؛ لأن تقديمه يدل على كونه أهم عنده. ولنا: إن حكمها ثابت عند الموت، فلا يرجح بالتقديم الواقع قبله.

(ولو اشترى ابنه) المريض (في مرضه بألف وقيمته خمسمائة، وأعتق عبداً قيمته خمسمائة، وهما الماران) يعني: لا مال له غيرهما، ثم مات؛ (فالمحاباة نافذة) عند أبي حنيفة؛ لأنه أجمع هنا ثلاث وصايا: وصية بزيادة خمسمائة على قيمته، ووصية لابنه بإعتاقه بالشورى، ووصية للعبد الآخر بإعتاقه، فالبائع أولى بالوصية، فيسلم الثلث كله له؛ لأن المحاباة مقدمة على العتق عنده. (وعليهما السعاية) يعني: على العبد أن يسعي في جميع قيمتهما عنده؛ لأن البائع استحق كل الثلث؛ لأن ثلث المال خمسمائة، والمحاباة أيضاً خمسمائة، (والابن لا يرث) عنده؛ لأنه كالمكاتب ما دام يسعي. (وقالوا: العتق أولى) من المحاباة، فيصرف الثلث كله إلى العبد الآخر، وعتق بغير سعاية، (ويسعى الابن وحده) في جميع قيمته؛ لأن العتق في المرض وصية، ولا وصية لوارث، والابن وارث هنا، والعتق لا يرتد، فلزقه السعاية، ثم إن كانت السعاية مثل نصيبه تقاصاً، وإن كانت أكثر منه؛ يسعي في الفضل، وإن كان أقل منها؛ يأخذ الفضل على السعاية. (ويرث) الابن لكونه حراً مديوناً، ولا وصية للوارث، وعلى البائع أن يرد خمسمائة رداً للمحاباة؛ إذ العتق يرجح عليها.

(أو بألف) أي: إذا اشترى المريض ابنه بألف، (وقيمته ألف، وله ألفان) سواء؛ (عتق، وورث الابن) اتفاقاً؛ لأنه يخرج من الثلث، (والسعاية لا تجب عليه) عند أبي حنيفة. وقالوا: يسعي في⁶ قيمته؛ لأن العتق في المرض وصية، ولا وصية للوارث، لكن نقض العتق بعد وقوعه غير ممكن، فيجب نقضه معنى بإيجاب السعاية.

1 ح: وينفذ.

2 ح: نصف.

3 ح: يساوي.

4 د: تشارك.

5 د: لصيغتها.

6 ح - في.

وله: إنَّ السَّعَايَةَ لو وَجِبَتْ؛ لبطلت بلزوم الدَّوْر؛ لأنَّ السَّعَايَةَ إذا وَجِبَتْ صار كالمكاتب، وهو لا يرثُ لكونه رقيقًا، فصَحَّت الوصِيَّةُ له، وإذا صَحَّت؛ لا يلزم السَّعَايَةُ؛ لخروجه من الثلث، فيصير وارثًا، وإذا صار وارثًا¹ لا تجوز الوصِيَّةُ له، فيجبُ السَّعَايَةُ. **(ولو أوصى أن يشتري بكلِّ ماله عبدًا، فيعتق، فلم يجيزوا) أي:** الورثة تلك الوصية؛ **(فهي باطلَّة)** عند أبي حنيفة. **(وقالا: يشتري بالثلث) أي:** بثلث ماله، فيعتقُ عنه.

وله: إنَّه أوصى بعنقِ عبدٍ يشتري بكلِّ ماله، والذي يشتري من ثلثه غيره، فاختلف المستحقُّ بناءً على أنَّ العنقُ حقُّ العبدِ عنده، ولهذا لا يقبلُ الشهادةُ عليه من غير دعوى. **ولهما:** إنَّ العنقُ حقُّ الله، فلم يتبدَّلِ المستحقُّ.

(أو بهذه المائة) أي: لو أوصى بأن يشتري بهذه المائة عبدًا، **(فيعتق، فهلك بعضُها) أي:** بعضُ المائة، **(فالباقى لا يعتقُ به)** يعني: لا يُشترى بالباقي من المائة عبدًا، فيعتقُ عند أبي حنيفة. **(وقالا: يشتري بالباقي عبدًا، فيعتقُ؛ لأنه نوعٌ قريبٌ، فيجبُ² تنفيذها ما أمكن اعتبارًا بالوصية بالحج.**

وله: إنَّه أوصى بأن يعتقُ عبدًا مشتريًا بهذه المائة، والعبدُ المشتري بأقلَّ منها غيره، فلا يكون تنفيذًا لوصيته. **(أو بأن يحجَّ بها) أي:** لو أوصى بأن يحجَّ بهذه المائة، **(فهلك بعضُها؛ حَجٌّ بالباقي من حيث يبلغُ) أي:** من مكانٍ يمكن أن يحجَّ بالباقي اتفاقًا؛ لأنها قريبةٌ محضةٌ هي حقُّ الله، فلا يتبدَّلُ المستحقُّ.

قيد بقوله: «بهذه المائة»؛ لأنه لو أوصى بأن يحجَّ عنه، ولم يعيِّن المبلغُ؛ فلأئمة الثلاثة ثلاثُ أقوالٍ قد مرَّ في باب الحجِّ. **(ويقدِّمُ الفرائضُ) يعني:** إذا أوصى بوصايا يقدِّمُ الفرائضُ منها، سواءً قدَّمها الموصي أو أخرها، **(كالحجِّ والزكاة والكفارة) لأنها أقوى، (ومن غيرها) أي:** إذا أوصى بوصايا مساويةً في القوَّة يقدِّمُ **(ما قدَّمه) الموصي** إذا ضاق.

(أو لعبدِه بالثلث) أي: لو أوصى لعبدِه بثلث ماله، **(فتلثه) أي:** ثلثُ العبدِ **(حرٌّ) عند أبي حنيفة (بعد موته) أي:** بعد موت المولى؛ لأنه من جملة ماله، فملك ثلث نفسه يعتقُ ثلثه، **(وعليه السَّعَايَةُ في ثلثيه) أي:** ثلثي قيمته للموثة، **(وله) أي:** للعبدِ **(ثلثُ باقي تركته)** لأنه كالمكاتب عنده، والوصية لمكاتبه صحيحةٌ، ثم إن كان ثلثُ باقي المال مثل ثلثي ما عليه من السَّعَايَةَ ومن جنس قيمة العبدِ؛ يقع المقاصَّةُ بتراضيهم، وإن لم يرضوه؛ استردَّ العبدُ ثلثُ باقي المال، ويسعى في ثلثي قيمته لهم. **(وقالا: يعتقُ كلُّه) من الثلث؛ لأنه حُرٌّ مديونٌ، (ويتَمُّ له الثلثُ من الباقي) يعني:** إن بقي من الثلث شيءٌ دفع إلى العبدِ، وإن لم يخرج من الثلث؛ يسعى في قدر ما ضاق عن الثلث.

وهذا الخلافُ بناءً على تجرؤ الإعتاق وعدمه.

قيد بالثلث؛ لأنه لو أوصى له بعينٍ من أعيان ماله أو الدراهم المطلقة؛ لا يصحُّ.

(ولو قال) في صحته، إنَّما لم يصحَّ به؛ لأنَّ الأصلَ حالةُ الصَّحَّةِ، ولهذا لم يصحَّ فأرًا. (لغير المدخول بها: أنت طالق، أو عدي هذا حرٌّ، ومات مجهلاً) أي: من غير أن يطأها، ولا يبين³ أنه اختار أحدهما، **(فنصفه حرٌّ) عند أبي حنيفة، (وعليه السَّعَايَةُ في نصفه) لأنه يعتقُ في حالٍ ولا يعتقُ في حالٍ، فيتنصَّفُ، (ولها ميراثُها ومهرُها) لأنها لا تطلقُ عند أبي حنيفة؛ لأنه ما دام حيًّا أحدُهما غير واقعٍ في المعين كما هو مذهبه، فلو وقع إنَّما يقع بعد الموت، والعنقُ يقع بعد الموت دون الطلاق، ألا ترى أنه إذا قال لامرأته: أنت طالقُ بعد موتي لا يصحُّ، ولو قال لعبدِه: أنت حرٌّ بعد موتي يصحُّ، فتستحقُّ المهرَ والميراثَ كاملاً لبقاء النكاح. **(وقالا: نصفُ الميراثِ وثلاثةُ أرباعِ المهرِ) لأنه الطلاقُ يقعُ في حالٍ دون حالٍ، فإن وقع بطل الميراثِ، وسقط نصفُ المهرِ، وإن لم يقع؛ لا يبطل شيءٌ من المهرِ والإرثِ، فيتنصَّفُ الميراثُ، وينصَّفُ نصفُ المهرِ، فبطل ربعُ المهرِ ونصفُ الميراثِ، فبقي لها نصفُ الميراثِ وثلاثةُ أرباعِ المهرِ.****

(ويأمرها) أي: أبو يوسف تلك المرأةَ **(باستيفاء ذلك المهرِ من السَّعَايَةَ وغيرها) من التركة؛ لأنَّ كلَّها تركَةٌ. (ويأمرها بنصفِ المهرِ منها) أي:** أمر محمدٌ باستيفائها نصفَ المهرِ من السَّعَايَةَ، **(والباقي من غيرها) يعني:** أمر محمدٌ باستيفاء ربعِ المهرِ ونصفِ الميراثِ من سائر التركة دون السَّعَايَةَ؛ لأنها تدَّعي زيادةَ المهرِ والميراثِ بسبب أنَّ العنقُ يقعُ في الصَّحَّةِ، ولم يقع الطَّلَاقُ، والعنقُ لا

¹ ح - وإذا صار وارثًا.

² د: فتجب.

³ ح: تبين.

يوجب البسعية، فقد أقرت بأنه لا حق لها في البسعية، فأما قدر نصف المهر؛ فواجب بكل حال، وقع الطلاق أم لا، فكان في كل التركة.

(ولو أعتق المريض أمته) وقيمتها ألف مثلاً، **(ثم تزوجها)** بمائة، وذلك مهر مثلها، ودخل بها، ثم مات، **(وقيمتها أكثر من الثلث)** يعني: إذا كان قيمتها يخرج من الثلث بعد رفع مهر المثل من جميع المال؛ لأنه دين، وقيمتها وصية، والدين مقدم على الوصية، **(فنكاحها فاسد)** عند أبي حنيفة.

قيد بقوله: «وقيمتها أكثر»؛ لأنها لو خرجت من الثلث يصح النكاح، ولا تجب البسعية. له: إن قيمتها إذا لم تخرج من ثلث ماله لزمته البسعية، وصارت كالمكاتبه عنده، فلا يجوز نكاحها لمولاه، ولها المهر بالدخول في العقد الفاسد، ويرفع لها مهر مثلها، ثم يرفع الثلث مما بقي بعد المهر، وسعت فيما بقي من قيمتها؛ لأنه وصية، وهي من الثلث، ولا ميراث لها لفساد نكاحها.

وقالا: النكاح جائز بكل حال، فلها مهر مثلها، والزيادة عليه باطلة؛ لأنها وارثة، وتسعى في جميع الباقي¹؛ لأنه لا وصية للوارث، ويرفع من قيمتها قدر مهر مثلها وميراثها قصاصاً، وتسعى² في الباقي.

(ولو أوصى بخدمة عبده، أو سكنى داره سنين معلومة أو أبداً) جاز، **(فإن خرج العبد من الثلث؛ سلم للخدمة)** لأن الثلث حق الموصي، فلا يباحه الورثة فيه، **(وإن كان هو المال وحده)** يعني: إن لم يكن له مال غير العبد (خدمه) أي: العبد الموصى له **(يوماً والورثة)** أي: خدم الورثة **(يومين³)** لأن تجزئة العبد غير ممكنة، فتعينت المهايأة **(على قدر حصصهم)** وكذا الحكم في الدار. قيل: الأعدل أن يقسم الدار أثلاثاً، فيسكن الموصى له الثلث، والورثة الثلثين؛ لأن الاستيفاء في المنفعة زماناً وذاتاً في الدار ممكن.

(فإن مات) الموصى له بالمنفعة **(نعيدُه إليهم)** أي: يعود العبد إلى الورثة عندنا، وتبطل الوصية. وقال الشافعي: لا يعود، بل يرث⁴ منفعة ورثة الموصى له؛ لأنها مملوكة وقت الموت، فيرثها كالعين.

ولنا: إن الإرث يجري في الأعيان دون المنافع كما في الإعارة؛ لأن المنافع التي تحدث بعد موت الموصي لم يكن ملكاً له، فلا يرث.

(أو في حياة الموصي) أي: لو مات الموصى له في حال حياة الموصي **(بطلت)** الوصية؛ لأنها تملك مضافاً إلى ما بعد الموت، ولا يتصور تملك الموصى له بعد موته، فتبطل.

(ولو سكن ثلثها) أي: لو سكن الموصى له بسكنى الدار ثلثها، **(وهي المال)** أي: والحال أن ماله هو الدار فقط، **(فالوارث لا يملك بيع الثلثين)** عند أبي حنيفة؛ لأن حق الموصى له ثابت في سكنى جميعها، بأن يظهر له مال آخر، فتخرج الدار من الثلث، وله أيضاً حق مزاحمتهم فيما أيديهم لو خرب الثلث الذي هو ساكنه، والبيع يتضمن إبطال حقه، فلم يجز لهم. **(ويجيزه)** أبو يوسف؛ لأنه خالص ملكهم، فجاز تصرفهم فيه بالبيع.

(أو لذا بخاتم) أي: لو أوصى لرجل بخاتم، **(ثم لآخر بفضه)** أي: أوصى لرجل آخر بفض ذلك الخاتم، **(يعطي)** أبو يوسف **(الفض للثاني)** لأن الفض يدخل في الوصية الأولى دلالة، وقد جعلها الموصي للثاني صريحاً، فيعتبر الصريح دون الدلالة. **(وجعله)** أي: محمد الفض **(بينهما)** لأن تسمية الخاتم تسمية للفض، وقد جعله الموصي للثاني من غير رجوع عن الأول، فاجتمع فيه وصيتان، فيشتركان.

(وقيل: كونه) أي: كون الفض **(بينهما على الوفاق).**

وفي «الزيادات»: إن الوصية للثاني إن كانت موصولة بالوصية الأولى؛ فالفض للثاني اتفاقاً؛ لأن آخر الكلام مبين لأوله، فصار كالاستثناء، فيكون خلاف أبي يوسف واقعاً فيما إذا فصل بينهما.

¹ د: قيمتها.

² د: ويسعى.

³ د: يومان.

⁴ د: ترث.

(والوصية بمركبه في سبيل الله غير معتبرة) عند أبي حنيفة؛ لأنها في معنى الوقف، ووقف المنقول لم يكن جائزاً عنده، فلم يجز إيصاؤه؛ لجهالة من ينفق عليه، ولا ينتفع بدونه. (وقال: معتبرة) بناءً على أن وقف المنقول جائز عندهما، ويكون في يد الإمام ينفق عليها من بيت المال، وأبو يوسف وإن لم يجوز وقف المنقول مقصوداً، لكن وافق محمداً في وقف الكراع والسلاح في سبيل الله للأثار.

(أو بالتأثت) يعني: لو أوصى بثلث ماله (في سبيل الله؛ يخصُّ الجهاد) يعني: يجعله أبو يوسف مختصاً للغزاة؛ لأنهم هم السابقون إلى الفهم في العرف، (وأضاف منقطعي¹ الحاج) يعني: قال محمداً: يجوز أن يعطي لمن انقطع عن الحج؛ لما روي أن رجلاً جعل ناقته في سبيل الله، فسئل عنه النبي صلى الله عليه وسلم، فقال: «الحج في سبيل الله»².

(فصل) في الوصية للأقارب وغيرهم

(وإذا أوصى لجيرانه) جمع جارٍ، (فهي للملاصقين) أي: تلك الوصية يكون للجيران الملاصقين للموصي عند أبي حنيفة؛ لأن المجاورة هي الملاصقة، يستوي فيه المسلم والكافر، والدكر والأنثى. (وقال: لهم ولغيرهم ممن يسكن محلته ويجمعهم مسجدها) لأنه صلى الله عليه وسلم قال: «لا صلاة لجار المسجد إلا في المسجد»³، وفسر بكل من سمع النداء.

(أو لأصهاره) أي: إذا أوصى لأصهاره؛ (كانت) الوصية (لكل ذي رحم محرّم من امرأته) لما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم لما تزوج صفية؛ أعتق كل من ملك من ذي رحم محرّم منها، وكانوا يسمون: أصهار النبي صلى الله عليه وسلم⁴. (أو لأختانه) يعني: لو أوصى لأختانه (فلزوج كل ذات رحم محرّم منه) كأزواج البنات والعمات والخالات، والعرف هكذا، والحكم على العرف.

(أو لأقربائه؛ فهي) أي: الوصية (للأقرب والأقرب من كل ذي رحم محرّم من اثنين) يعني: تكون الوصية لاثنتين منهم (فصاعداً) عند أبي حنيفة. (وقال: لكل من ينسب إليه) سواء كان محرماً أو واحداً أو اثنين (إلى أقصى أب في الإسلام) وهو أول أب أسلم، أو أول أب أدرك الإسلام وإن لم يسلم على حسب ما اختلف فيه المشايخ. وفائدة هذا الخلاف تظهر في أولاد أبي طالب، فإنه أدرك الإسلام وإن لم يسلم، فمن أوصى ماله لأقربائه النبي صلى الله عليه وسلم؛ لا يدخل فيه أولاد أبي طالب على قول من شرط الإسلام، ويدخلون على قول من شرط إدراك الإسلام، وأما أولاد العباس؛ فيدخلون فيها اتفاقاً.

وعلى هذا الخلاف لو أوصى لأرحامه أو لأنسابه. أمّا لو قال مع هذه الألفاظ: الأقرب فالأقرب؛ لا يعتبر الجمع اتفاقاً؛ لأن الأقرب اسمٌ خرج تفسيراً للأول، ويدخل فيه المحرم وغيره، ولكن يقدم الأقرب بصريح شرطه. من «الحقائق».

(ولا يدخل الوالدان والولد) في الأقرب اتفاقاً؛ لأنهم لا يسمون أقرباء عرفاً.

لهما: إن الاسم شاملٌ لكل، قال الله تعالى: ﴿وَلِذِي الْقُرْبَىٰ﴾ [الأنفال، 41/8؛ الحشر، 7/59]، وهو يتناول كل قريب مطلقاً.

وله: إن ذكرهم بلفظ الجمع، وأقله اثنان، حتى لو كان واحد يستحق النصف دون الكل؛ لأن الوصية أخت الميراث، والجمع المذكور فيه اثنان، ويعتبر الأقرب فالأقرب كما في الميراث، ويعتبر المحرمية؛ لأن القريب المطلق هو المحرم والأقرب؛ لأن غير المحرم والأبعد بعيداً من وجه، ولهذا لم تجب نفقته عليه، وجاز نكاحه.

(وأدخل) محمداً في الوصية لأقربائه (الجد وولد الولد) وقال: لا يدخلان؛ لأن القريب بقراءة الولاد لا يطلق عليه اسم القريب عرفاً.

وله: إن الله تعالى عطف الأقربين على الوالدين في قوله تعالى: ﴿قُلُوبُ الَّذِينَ وَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ﴾ [البقرة، 215/2]، والعطف يقتضي المغايرة، وإذا خرج الوالدان؛ خرج الولد لا يتصل به، فبقي الجد وولد الولد داخلين في ذي القرابة حقيقةً.

¹ ح: بمنقطعي.

² سنن أبي داود، المناسك 79؛ صحيح ابن خزيمة، 72/4.

³ مسند الربيع، ص 108؛ المستدرک للحاكم، 1/245. وقد روي عن علي قوله، انظر: مصنف عبد الرزاق، 1/497.

⁴ سنن أبي داود، العتق 2؛ مسند أحمد بن حنبل، 6/277؛ صحيح ابن حبان، 9/361. وذكر صفية فيه خطأ، إنما هي جويرية بنت الحارث.

فلو¹ كان له أي: للموصي حين الوصية لأقربائه **(عَمَّان وخالان؛ فهي)** أي: الوصية **(للعَمِين)** عند أبي حنيفة؛ لأن الأقربىة معتبرة عنده. **(وقالوا: بينهم أرباعاً)** لأنهما لا يعتبران الأقربىة. ولو كان له عمٌ واحدٌ؛ فله نصفُ الثلث عنده وعندهما. ولو كان له عمٌ وخالٌ؛ فالوصية للعمّ والعمة سواءً؛ لاستوائهما في القرابة.

وضع في الأقرباء؛ لأنه لو قال: لقرابته أو لذوي² قرابته أو لذوي نسبه؛ يستحقُّ الواحدُ كلَّ الوصية اتِّفاقاً. من «الحقائق».

(أو لبني فلان، وله) أي: لفلان **(ذكورٌ وإناثٌ؛ يخصُّ)** أبو يوسف **(ذكورهم)** بالوصية؛ لأن اسمَ البنين حقيقةً في الذكور دون الإناث. **(وأشرك) محمدٌ (بينهم بالسوية).**

قيّد بقوله: «وله ذكور وإناث»؛ لأنه لو كان الكلُّ إناثاً لا يدخلن في الوصية اتِّفاقاً.

المراد من «فلان» رجلٌ معيّنٌ؛ لأنه لو أوصى لبني تميمٍ؛ يدخل فيها الإناث اتِّفاقاً. من «الحقائق».

لمحمدٍ: إنَّ اسمَ البنين يتناول الذكورَ والإناثَ عند الاختلاط؛ لقوله تعالى: ﴿يَا بَنِي آدَمَ﴾ [الأعراف، 26/7، 27، 31، 35؛ يس، 60/36].

(كما في ولد فلان) أي: كما أوصى لولدِ فلانٍ يتناول لفظُ الولدِ الكلَّ اتِّفاقاً.

(أو لورثته) يعني: لو أوصى لورثةِ فلانٍ؛ **(قسمت)** الوصية **(للمذكر مثل حظِّ الأنثيين)** اعتباراً للميراث.

(أو لأهله؛ فهي) أي: الوصية **(لزوجته)** عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن الأهلَ في الغالب زوجته، قال الله تعالى خبراً عن موسى عليه السلام: ﴿وَسَارَ بِأَهْلِهِ﴾ [القصص، 29/28] أي: بزوجته. **(وقالوا):** الوصية **(لكل من في عياله)** اعتباراً للعرف، يؤيِّده قوله تعالى خبراً عن يوسف عليه السلام: فَأَتُونِي بِأَهْلِكُمْ أَجْمَعِينَ [يوسف، 93/12].

(أو لمواليه) يعني: إذا أوصى لموالي فلانٍ، وليس لفلانٍ موالٍ أعتقهم، **(وله موالٍ أبٍ ورثَ ولاءهم)** يعني: كان أبوه أعتق عبيداً، فمات وورث ولاءهم؛ **(يجعلها)** أي: أبو يوسف الوصية **(لهم)** أي: لموالي ابنه إن لم يكن موالٍ؛ لأنه ورث ولاءهم عن أبيه، فصار كمواليهم، ولهذا يحرزُ ميراثه، فيتناولُه مطلقُ الاسم. **(ومنعهم)** محمدٌ، أي: قال: لا شيءٌ لهم؛ لأن موالِي الرجل حقيقةً معتقوه، وهم معتقوا غيره، وإنما يحرزُ ميراثهم بسبب العسوبة.

(ولو كان له موالٍ) أي: للموصي عبيدٌ أعتقهم، **(وموالٍ أعتقهم أبوه، فمات؛ منعنا الشركة)** أي: لا يدخل في الوصية موالِيه وموالي أبيه عندنا، فعند أبي يوسف: الوصية لمواليه خاصةً إن كان له موالٍ، وإن لم يكن له؛ فلموالي أبيه، وعند محمدٍ: لا شيءٌ لموالي أبيه. وقال زفر: يدخل؛ لأن كلَّهم موالِيه الآن.

ولنا: إنَّ الموالِي إن جعلَ مجازاً في معنَى أبيه؛ يلزمُ من الشركة الجمعُ بين الحقيقة والمجاز، وإن جعلَ حقيقةً؛ يلزمُ تعميمُ المشترك، وكلاهما ممنوعٌ.

(أو للمسجد) أي: لو أوصى بثلث ماله للمسجد **(من غير ذكر إنفاقٍ)** أي: من غير أن يقول: ينفق على المسجد؛ **(يبطلها)** أي: أبو يوسف تلك الوصية؛ لأن المسجدَ ليس بأهلٍ للملك، والوصية تملك، فإذا ذكر النفقة عليه؛ كان واقفاً على مصالحه. **(وأجازها)** محمدٌ حملاً لكلامه إلى الصرف إلى مصالحه تصحيحاً له.

هذا آخرُ الكلام، والحمدُ³ لله على التمام، ولرسوله أفضلُ السلام. والله أعلمُ بالصواب. الحمد لله وحده، والصلاة على نبيه محمد وآله الطيبين الطاهرين وصحبه وسلم تسليماً دائماً إلى يوم القيام.

كتبه العبد الضعيف النحيف الراجي إلى رحمة ربه الكريم يوسف بن عبد الله الإمام بحراسة خاص كوي غفر الله له ولأستاديه وجميع المؤمنين والمؤمنات والمسلمين والمسلمات الأحياء منهم والأموات، أمين يا رب العالمين.

وقد وقع الفراغ من تحريره ليلة الخميس من أواخر ربيع الأول من شهور سنة ثمان وثلاثين وثمانمائة هجرية، وكان ذلك في أيام سلطنة مراد خان بن محمد خان خلد الله ملكه ونصر جنده:

كتبته غريقاً بجبر الفقر وجوع العيال ✽ بفقري شاهد قرطاسه يا ذا الكمال
ألا يا سامع الشهود إن تطلب تزكية ✽ يزكيهم فقدي خف وخروق النعال

¹ د: ولو.

² د: لذوي.

³ د: الحمد.

بلغ مقابلة ثلاث مرات وسماعاً مرة واحدة على وسع الطاعة بعون من لا خالق إلا هو¹.



¹ د: تم الكتاب تماماً بقدره الملك الخلاق، واغفر لصاحبه، فإنك رازق الأرزاق، وثبت له الدولة عليه بإخلاق، وأدخله الجنة فإنه المشتاق، وقع الفراغ في وقت العشاء في ليلة الأحد في تحرير شرح مجمع البحرين وملتقى النيرين من يد العبد الضعيف النحيف الراجي إلى رحمة ربه اللطيف محمد بن خليل غفر الله له ولوالديه وأحسن إليهما وإليه وللمن قرأه ونظر ودعا لكتابه بالأدعية الصالحة في ثالث وعشرين يوماً من شهر رجب في سنة ثلاث وعشرين وثمانمائة.